



UNIVERSITÉ
LUMIÈRE
LYON 2

N° d'ordre NNT : 2018LYSE2037

THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Opérée au sein de

L'UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2

École Doctorale : ED 492 Droit

Discipline : Droit contrats et territoire

Soutenue publiquement le 25 juin 2018, par :

Mohamed DJAE OULOVAVO

Le pluralisme juridique de la justice et ses limites dans l'Union des Comores

Devant le jury composé de :

Guillaume PROTIÈRE, Maître de conférences HDR, Université Lumière Lyon 2, Président

Evelyne SERVERIN, Directrice de recherche émérite, C.N.R.S., Rapporteuse

Pascal ANCEL, Professeur des universités, Université du Luxembourg, Rapporteur

Marie-Claire RIVIER, Professeur émérite des universités, Université Lumière Lyon 2, Directrice de thèse

Contrat de diffusion

Ce document est diffusé sous le contrat *Creative Commons* « [Paternité – pas d'utilisation commerciale – pas de modification](#) » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.

**FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
DE LYON 2**

**LE PLURALISME JURIDIQUE DE LA JUSTICE ET
SES LIMITES DANS L'UNION DES COMORES**

THESE

pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

M. Mohamed DJAE OULOVAVO

Directeur de la recherche :

Madame Marie-Claire RIVIER, Professeur émérite à l'Université Lyon2, Doyen honoraire de la faculté de droit de Saint-Etienne,

Membres du jury :

Monsieur Pascal ANCEL

Professeur à l'Université du Luxembourg

Monsieur Guillaume PROTIERE

Maître de conférences à l'Université Lyon2, Doyen de la faculté de droit-Lyon2

Madame Marie-Claire RIVIER

Professeur émérite à l'Université Lyon2, Directeur de la thèse

Madame Evelyne SERVERIN

Directeur de recherche émérite au CNRS, Membre du CSM

Juin 2018

La faculté de droit n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Dédicaces

A ma mère Mariam Moengarié

A la mémoire de mon père Djaé Oulovavo, à Monsieur Youssouf Djaé, à Monsieur Ahmed Djaé alias Benjamin, à Monsieur Hamdi Mmadi, à Monsieur Hamdani Mmadi, à Monsieur Bimbo, à Monsieur Bennour, à Monsieur Papa Msa, à Monsieur Djahi Moengarié, à Monsieur Mohamed Abdou, à Monsieur Zayad Ali, à Monsieur Attoumane Mohamed, à Monsieur Kadafi Ali, à Monsieur Ahmed Marchal, à Monsieur Soiféine Ahmada, à ma tante Tidjara Mroivili, à ma tante Binti Abdou, à maman Rabiata à Monsieur Soidrou Said, à Monsieur Soifoine Ahamada, à Monsieur Riad Rachidi, à Monsieur Ousseine Abdou, à Monsieur Dahalane Masmia, à Monsieur Soulé Moimbioi, à Monsieur Baroine, à Monsieur Ali Daoud, à Monsieur Athoumane Hamadi alis Bointchéa, à Monsieur Mansour Moeva, à Monsieur Nourdine Mzé, à Monsieur Radjab Darouèche, à Monsieur Radjab Ahamada Oulovavo, à Monsieur Hassane Ahamada Oulovavo, à Mlle Fatima Adame, à Mademoiselle Sofia Mounaji, à Madame Toilanti Moussa à Monsieur Abdillah Djaé, à mes soeurs Machouki, Rahmatallah Djaé, Moinaécha Djaé, Mkaya Djaé, Mvisiti Msaidié, Rabiata Mlindé, Tambihi Saadi, Tahamida Mmadi, Rouzouna Msaidié, Arafa Mmadi, Arfina Rachid, Toilanti Baroine, Mkolo Mmadi, Hindati Mmadi, à mes oncles Mohamed Ali Mhoma, Ali Abdou, Voyage Moengarié, à l'Etat comorien, à toute ma famille.

Remerciements

Je tiens à adresser mes plus chaleureux remerciements à Madame Marie-Claire RIVIER, ma directrice de thèse, pour sa constante disponibilité à mon égard, son soutien actif, ses conseils avisés, son apport en matière de documentation et sa patience qui m'ont donné la possibilité de surmonter les moments d'hésitations et d'ambarras.

Je la remercie aussi de m'avoir donné l'opportunité de travailler sur un sujet aussi passionnant.

Je tiens également à remercier tout particulièrement, toutes ces différentes personnes pour l'aide qu'elles m'ont apportée :

Monsieur le Professeur Daniel MARTINS, Directeur prospective développement et ressources humaines à Leyton, dont le soutien ne s'est jamais démenti au cours des ans.

Monsieur le Professeur, vice Doyen en charge des relations internationales, Lyon2 Jean-Louis NAVARRO, qui m'a aidé à préparer la soutenance de cette thèse et dont ses conseils et commentaires sont toujours aussi précieux.

Monsieur le Professeur Claude JOURNES, ancien Président de l'Université de Lyon2, qui m'a beaucoup aidé en matière de recherches documentaires.

Monsieur le Professeur Saoudi MESSAOUD

Monsieur le Professeur, Doyen de la faculté de droit et science politique-Lyon2 Protière GUILLAUME, pour son soutien infaillible.

Monsieur le Professeur Michel GAGET

Monsieur le Professeur, vice Doyen de la faculté de droit et science politique- Lyon2 Alexandre QUIQUEREZ

Madame le Professeur, Maître Bénédicte RAJOT, avocate au Barreau de Lyon qui m'a aidé pour la traduction du résumé et des grands titres de la thèse en anglais.

Madame le Professeur Anne-Emmanuelle KAHN

Madame le Professeur Isabelle BON-GARCIN

Monsieur le Professeur Serge BASSET

Monsieur le Professeur Loïc CHABRIER

Monsieur le Professeur Christophe CHABROT

Monsieur le Professeur Laurent GUIGNARD

Monsieur le Professeur Jean-Louis LEMAIRE

Monsieur Bruno FAYOLLE, Chef des services administratifs et financiers (FDSP)-Lyon2 et (IETL)

Maître Frédéric DOYER, avocat au Barreau de Lyon

Maître Pierre FRONTON, avocat au Barreau de Lyon

Maître Naguin ZEKKOUTI, avocat au Barreau de Lyon

Maître Marcelin SOME, avocat au Barreau de Lyon

Mademoiselle Charline PERDRIX, doctorante en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon3, qui m'a aidé à établir une très belle présentation de la page de mise en garde.

Mademoiselle Marion NIGUES, étudiante en Master 2 droit international à l'Université Jean Moulin, Lyon3

Madame Délphine LONATTI, responsable de la gestion financière, Université- Lyon2

Madame Sylvie LETUE, secrétaire Du Master 2 droit privé général, Lyon2, qui m'a beaucoup soutenu durant toutes mes années à l'Université de Lyon2.

Madame Michelle FOURT, secrétaire des Masters 2 droit-Lyon2, qui m'a toujours donné les bons conseils afin que mes reinscriptions soient faites au bon moment.

Madame Béatrice PIOTROWICZ, Responsable administrative de la scolarité du pôle Licence

Madame Bénédicte CARON, ajointe à la Gestion des enseignants vacataires, Université-Lyon2 ;

Madame Marion FANJAT, ajointe à la gestion administrative et matérielle université-Lyon2, secrétaire du Doyen et de la direction de l'IETL

Madame Cathrine DE CARO, responsable de la gestion des enseignants de la FDSP, Lyon2 et de l'IETL

Madame Nathalie BOURG, secrétaire du Master 2 droit des affaires comparé, Lyon

Monsieur Pascal LAUVERGEON, responsable administratif université-Lyon2

Madame Héloïse THOMASSET, qui m'a aidé à établir la mise en forme de cette thèse,

Que la rédaction de cette thèse soit pour moi l'occasion de remercier tous ceux qui l'ont rendue possible : mes professeurs de l'Université Lumière de Lyon2, toutes les personnes qui m'ont soutenu et encouragé pour mes études. Je ne remercierai jamais assez mes professeurs du Collège royal des Comores de m'avoir soutenu et

encouragé durant mes quatre années dans leur établissement :
Messieurs Antoisie Mohamed Ibrahim, Msaidié Djaé, Anfane
Mohamed Ibrahim, Souldoine Said, Hassane Massoudi.

Sommaire

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION.....	13
§1 Présentation des Comores.....	13
§2 : Origines et fondements du pluralisme juridique comorien	15
§3 La notion de pluralisme juridique.....	18
§4 La notion de justice	22
§5 La question de l'acculturation juridique.....	24
§6 : Les difficultés de la recherche	39
§7 : Problématique du sujet	39
PREMIERE PARTIE : LA PLURALITE DES JURIDICTIONS : UNE PLURAITE ASSUMEE ET ORGANISEE	41
TITRE I : LA COMPOSITION DE L'APPAREIL DE JUSTICE	42
Chapitre I : Pluralité des juridictions locales.....	43
Chapitre II : Pluralité des juridictions religieuses	78
Chapitre III : Pluralité des juridictions étatiques	101
TITRE II : L'ORGANISATION DES JURIDICTIONS DANS L'OPTIQUE D'UN ORDRE JURIDICTIONNEL.....	125
Chapitre I : La question du dualisme juridictionnel	126
Chapitre II : La question des juridictions supérieures	140
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	183
DEUXIEME PARTIE : LE JUGE COMORIEN FACE AUX IMPERATIFS DE JUSTICE.....	185
TITRE I : LE RESPECT DES FONDEMENTS DE LA JUSTICE	186
Chapitre I : La question de l'accès au juge.....	187
Chapitre II : L'exigence d'extériorité du juge comorien.....	226
TITRE II : LE JUGE COMORIEN A LA JONCTION D'UN PLURALISME DESORDONNE	292
Chapitre I : Fondements de la pluralité des normes aux Comores	293
Chapitre II : Le juge comorien face aux normes internationales.....	318
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	367
CONCLUSION GENERALE	370
1) Ce qui est.....	372

2) Ce qui peut être.....	374
BIBLIOGRAPHIE.....	385
I) Ouvrages généraux	385
II- Thèses, mémoires,.....	403
LEXIQUE	407
a) En droit français	407
b) En droit traditionnel comorien.....	413
c) En droit musulman	415
NORMES INTERNES.....	417
INDEX.....	419
TABLE DES MATIERES	425

Liste des abréviations

Aff.	Affaire
AJDA.....	Actualité juridique droit administratif
Al.	Alinéa
ALD.....	Actualité législative Dalloz
APC	Archives de politique criminelle
APD	Archives de philosophie du droit
APJ	Agent de police judiciaire
Art./art.	Article/article
Bull. ch. Avoués.	Bulletin de la Chambre des avoués près la Cour d'appel de Paris
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. d'Aix.....	Bulletin des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence
C. ass.	Cour d'assises
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. org. Jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.....	Code pénal
C. pr. Pén.	Code de procédure pénale
C. pr. Civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
C/	Contre
CA.	Cour d'appel
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation (arrêt de la chambre plénière)
Cass. Ass. Mixte.....	Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. Civ.....	Cour de cassation (chambre civile)
Cass. Com.....	Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. Crim.	Cour de cassation (chambre criminelle)

Cass. Req.	Cour de cassation (chambre des requêtes)
Cass. Sect. Réun.	Cour de cassation (arrêt de sections réunies)
Cass. Soc.	Cour de cassation (chambre sociale)
CC.....	Conseil constitutionnel
CE ass.	Conseil d'Etat (arrêt d'assemblée)
CE.....	Conseil d'Etat
CEDH.....	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH.....	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CESDIP.....	Centre de recherche sociologique sur le droit et les institutions pénales
CF.....	Confer
Ch. Réun.....	Chambres réunies
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CIJ.....	Cour internationale de justice
CJCE.....	Cour de justice des communautés européenne
CJUE.....	Cour de justice de l'union européenne
CJR.....	Cour de justice de la République
COB.....	Commission des opérations de bourse
Com.	Commentaire
Commission EDH.....	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	Conclusions
Contra.	Contraire
CSM.....	Conseil supérieur de la magistrature
Dalloz.....	Recueil Dalloz
DC.....	Décisions du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution
DDH.....	Déclaration des droits de l'homme
DH.....	Recueil Dalloz hebdomadaire
Doct.	Doctrine
DP.....	Recueil Dalloz périodique
DUDH.....	Déclaration universelle des droits de l'homme
Ed.....	Edition
Fasc.....	Fascicule

Gaz. Pal.	Gazette du palais
Ibid.....	(Ibidem) Au même endroit
In.....	Dans
Infra	Ci-dessous
I.R.	Informations rapides
JCP E.....	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
JCP.....	Juris-Classeur périodique, édition générale
JDI	Journal du droit international
J. O.....	Journal officiel
JT	Journal des tribunaux
Juris.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°.....	Numéro
Obs.....	Observations
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
OPJ	Officier de police judiciaire
P.....	Page
PFRLR.....	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PGD	Principe général du droit
Préc.	Précité
PUF.....	Presse universitaire de France
RDP	Revue de droit public
RDPC.....	Revue de droit pénal et de criminologie
Rec. CC	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. CE.....	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rép. Defrénois.....	Répertoire du notariat Defrénois
Requ.....	Requête
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.crit. dr. Internat. Privé	Revue critique de droit international privé
Rev. Proc. Coll.	Revue des procédures collectives
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC.....	Revue française de droit constitutionnel
RGDP	Revue générale des procédures

RICPT.....	Revue internationale de criminologie et de police technique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l’homme
Sirey.....	Recueil Sirey
Som. Com.....	Sommaire commenté
Suiv.....	Suivants/suivantes
Supra.....	Ci-dessus
t.....	Tome
TC.....	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
Vol.	Volume

Introduction

1. « Elles [les lois] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que *c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* » Montesquieu, *De L'Esprit des lois* 1748.¹

§1 Présentation des Comores

2. Quant à la notion de l' « Union des Comores » ; les Comores² sont un archipel de quatre îles : Mayotte (Maoré), Anjouan³ (Ndzouani), Mohéli (Mwali⁴) et la Grande Comore⁵ (Ngazidja). ⁶Les Comores constituent un archipel de l'Océan indien situé à quarante kilomètres au nord-ouest de l'île de Madagascar et à 300 km des côtes africaines, à l'entrée du canal de Mozambique. L'archipel est étendu sur 250 km, d'Est en Ouest (Mayotte, Anjouan, Mohéli, et Grande- Comore), et compte un grand nombre d'îlots à 300 kilomètre au large de l'Afrique de l'Est. C'est sur l'île de la Grande Comore qu'est implantée la Capitale : Moroni.

¹ Montesquieu, « *De l'Esprit des lois* » 1748, La Pléiade, t. 2, p. 237.

² Martin, J. Les Comores : quatre îles entres et planteurs, tome1 et tome2, Paris, L'Harmattan, 611P et 478p., 1983.

Verin,P. Les Comores, Paris, Karthala, 263P, 1994

VERIN, P. ; BATTISTINI, R. Géographie des Comores, Nathan, Paris, (142), 1984.

BEN ALI, D. Approche historique des structures Administratives des Comores, 1990.

³ Taréhi n° 14, « Mutsamudu et Anjouan au temps des sultans », juillet 2006, p. 50

⁴ Canudet C., « *Contribution à l'étude du peuplement de l'île de Mohéli* », Etudes océan indien, vol. 2, Paris, 1988. – Canudet et Vérin P., « Une reconnaissance archéologique de Mohéli », Etudes océan indien, vol. 2, Paris, 1983.

⁵ Taréhi n° 11, « 22 décembre 1974. Les Comores votent pour l'indépendance / Moroni : naissance d'une capitale », janvier 2005.

⁶ Taréhi n° 12, « 1975 aux Comores – Uhuru na Ufakuzi », juillet 2005, p. 50.

Auparavant « République fédérale islamique des Comores », le nom officiel du pays a dû changer depuis 2002, lors d'un référendum organisé cette même année, et devient l' « Union des Comores » (en comorien : Udzima wa Komori).

L'île de la Grande Comore au Nord-Ouest compte une superficie de 1148 km², contre 424 km² pour Anjouan et 290 km² pour Mohéli. Dans l'ensemble, l'archipel s'étend sur 1862 km², soit l'équivalent de l'île de Maurice, ou une superficie couvrant les deux tiers du grand-duché de Luxembourg.

L'île comorienne de Mayotte pour sa part, la quatrième île de l'archipel, n'est plus membre de l'Union des Comores⁷, car elle fait partie de la République française en tant que département depuis le 31 mars 2011⁸. Les Comores deviennent membre de la Francophonie en 1977, membre de la Ligue des Etats arabes en 1993 et membre de l'OHADA le 18 septembre 1995.

L'Union des Comores compte aujourd'hui 754 000 habitants⁹ avec une superficie 1862km².

Les Comores sont musulmanes à 99% et vivent avec les règles de l'islam qui a marqué la vie quotidienne, en ville comme à la campagne, et dans toutes les catégories sociales. Si l'islam n'est effectivement pas la seule religion des Comores, il en est la première par l'importance.

Les Comores sont un pays en développement¹⁰, elles sont confrontées à des résistances multiples¹¹ et à des obstacles dressés par les structures anciennes profondément

⁷ Fatouma Nassor Halifa, « Le séparatisme aux Comores enjeux géopolitiques », juillet 2010, p. 105.

⁸ Lors d'un référendum organisé le 22 décembre 1974, Mayotte a choisi majoritairement de rester au sein de la République française, tandis que les trois autres îles accédèrent à l'indépendance le 6 juillet 1975. Cette situation a remarquablement modifié, de façon notable, les équilibres traditionnels engendrés par le mode ancien de cohabitation, même si les tensions liées à l'engagement militant des uns et des autres, cèdent progressivement le pas au dialogue de bon voisinage. Engagées dans la voie de la modernisation, les Comores sont en train de rénover leur droit, leur justice, ainsi que leurs institutions, en se dotant d'un système juridique plus performant et mieux adapté.

⁹ Recensement de 2016.

¹⁰ Mahmoud Ibrahim, Said Mohamed Cheikh (1904-1970) « *Parcours d'un conservateur. Une histoire des Comores au XXe siècle* », Komédit, février 2008, p. 352.

rurales : les trois quarts de la population active vivent de l'agriculture vivrière et de la pêche artisanale¹². Les structures de production et d'échanges ont évolué, et continuent à évoluer par rapport à la période de la colonisation¹³, au cours de laquelle les Comores avaient été coupées du reste du monde. Les effets d'isolement, par rapport à l'extérieur où les élites locales continuent d'être formées, s'estompent avec le développement des moyens de communication¹⁴. Du fait du caractère dérisoire des services de transport entre autres, l'enclavement entre les îles maintient les obstacles à la libre circulation des biens, des personnes et des services.

Quant au régime politique comorien, les Comores comme partout en Afrique francophone, ont adopté un régime présidentiel fondé sur la séparation stricte des pouvoirs.

Il ne s'agit donc pas à strictement parler d'un modèle à l'image du régime parlementaire, mais plutôt d'une forme de gouvernement reposant sur des principes différents de ceux du régime parlementaire. Pour aller à l'essentiel, deux grandes spécificités caractérisent théoriquement le régime présidentiel comorien : l'indépendance des organes législatifs, exécutifs et judiciaires ; l'absence de rapports mutuels d'autodestruction entre l'exécutif (pas de droit de dissolution) et le législatif (pas de responsabilité politique du Gouvernement devant la chambre des députés).

§2 : Origines et fondements du pluralisme juridique comorien

3. Le droit comorien en tant que corps de règles se présente ainsi comme un champ hétérogène très profondément marqué par la diversité des normes, des procédures, la dualité des juridictions et de statuts.

Cette situation est la conséquence des différentes civilisations étrangères¹⁵ qui se sont succédé tout au long de l'histoire des Comores, et qui ont apporté leur propre système

¹¹ Taréhi n° 4, « La question de l'esclavage dans l'Océan indien, hier et aujourd'hui : archéologie d'un génocide ; le massacre des Comoriens de Majunga », décembre 2001, p. 68. – Taréhi n° 8 « Photographies et histoire comorienne », juillet 2003, p. 38.

¹² Taréhi n° 2, « Les découvertes archéologiques sur les rives de l'océan indien occidental, Comores, Madagascar, Zanzibae » ; Djoumbé Fatima, « une reine comorienne face aux visées coloniales de la Marine française », mai 2001, p. 66.

¹³ 1841-1975.

¹⁴ Mahmoud Ibrahim, « Manuel d'Histoire des Comores », juin 2013, p. 112.

¹⁵ Africaine, asiatique, arabe, malgache, et européenne.

juridique¹⁶. Elles ont tour à tour déposé des règles et contribué à la pluralité des normes qui font à la fois la richesse et l'originalité du système comorien, mais aussi sa complexité, son manque de lisibilité et de cohérence. On constate que les règles s'accumulent, qui se contredisent, ce qui complique la tâche du juge et affaiblissent le système judiciaire qui cède le pas à la pression des intérêts partisans, sans évoquer la question de l'ingérence notoire de l'autorité politique.

Les règles issues des différents systèmes divergent sur la fixation de la majorité civile, sur le droit de tutelle des mineurs, sur le statut de la femme dans le mariage et après le divorce, sur les successions des terrains où les conflits sont latents, etc. Cette cohabitation de règles qui se superposent et se font concurrence, ne facilite pas l'identification et l'application de règles précises, et facilite encore moins le travail des juges mais aussi l'exécution des décisions des tribunaux dans l'ensemble. Face à cette situation, les plaideurs ont recours aux traditionnelles solutions d'arrangement qui ne vont pas nécessairement dans le sens du respect du droit.

Les acteurs du développement¹⁷ sont confrontés à la confusion des règles, à un environnement juridique complexe où se superposent de manière conflictuelle et non intégrée, des références normatives multiples et des textes anciens non exploités soit par manque de lisibilité entre autres, soit par ce qu'ils ont été empruntés pour justement éviter le vide de règles dans tel ou tel domaine juridique.

La complexité des normes juridiques se vérifie par exemple en droit foncier. Une même parcelle de terrain, objet de litige sur la propriété, peut faire intervenir plusieurs règles de droit différentes : des règles de la coutume matrilineaire qui la destine aux descendants de la lignée maternelle¹⁸, des règles de droit musulman¹⁹ qui régissent la succession conformément à la loi coranique, du régime foncier de l'immatriculation établi par le décret français du 4 février 1911.

¹⁶ Taréhi n° 3, « Evolution du droit et de la Justice aux Comores », Le Prince Salim Ben Abdallah, un prince détroné, septembre 2001, p. 66.

¹⁷ Investisseurs, organisations non gouvernementales et associations de la société civile.

¹⁸ Magnahuli.

¹⁹ Taréhi n° 10 « *L'islam comorien entre traditions, Sharifs et wahabbites* », juillet 2004, p. 38.

Tout ceci montre bien que le droit comorien en soi est confronté à un conflit de lois interne. Se pose alors le problème de la loi applicable à une telle situation embarrassante.

La solution retenue par l'ancienne puissance de tutelle a favorisé le pluralisme juridique, mais pas la cohérence, ni la lisibilité des textes applicables.

Un cadrage a bien été réalisé en 1939 ; celui-ci consistait à délimiter les domaines de compétence des différents systèmes juridiques, à hiérarchiser les règles pour atténuer les effets de la diversité, et à faire appliquer celles-ci par des catégories distinctes de tribunaux :

- Les tribunaux de droit commun français pour les métropolitains et les étrangers,
- Les tribunaux appliquant le droit local aux autochtones.

Ainsi les règles de droit traditionnel (droit coutumier et droit musulman ou fiqh) ont été cantonnées dans le statut personnel (mariage, divorce-répudiation, dons nuptiaux, fondations religieuses, filiation, succession, état civil, etc.). Elles sont appliquées par les tribunaux religieux des cadis, ces derniers n'ayant pas le statut de magistrat comme leurs homologues des tribunaux laïcs. Ces tribunaux des cadis fonctionnent sans ministère d'avocat ; de plus les décisions ne sont pas revêtues de la formule exécutoire, permettant de recourir à la force publique en cas de difficulté dans l'exécution de la décision. Il s'agit d'une justice cadiale sans juriste, animée par des moquallid²⁰ qui improvisent.

Toutes les matières qui se situent en dehors du domaine réservé au droit traditionnel relèvent de la compétence du droit étatique moderne. Cette dualité de statuts et de règles consacrée par les tribunaux continue de marquer tout le système comorien, en dépit des réformes intervenues en 1987. Les règles de droit international introduites par les traités et accords dûment ratifiés, sont venues occuper le sommet de la hiérarchie des normes comme en France (art. 55C.), et tentent d'innover en matière de droits de l'Homme (droits de la femme et de l'enfant). Leur application pose cependant des difficultés en ce qui concerne la compatibilité au regard de l'ordre social ancien et de la tradition. Ce qui n'a pas empêché les pouvoirs publics de les adopter.

On assiste à une absence d'unité et de cohérence des règles applicables, à une marginalisation du système de justice traditionnel qui reprend ses droits au moindre dysfonctionnement de la justice étatique, à une absence de formation et de perfectionnement

²⁰ Des cadis ou juges religieux non formés au droit musulman.

des magistrats et des huissiers. Telle est la situation d'ensemble qui conditionne l'application du droit comorien et des décisions de justice.

Le pluralisme juridique comorien se manifeste par l'existence de diverses sources de droit, des règles applicables, des procédures, mais aussi par l'existence de plusieurs tribunaux distincts : religieux et laïcs qui se contredisent quand il s'agit de dire le droit.

Ce phénomène est le résultat de l'« acculturation juridique » exacerbée qu'a connu ce petit archipel.

§3 La notion de pluralisme juridique

4. L'utilisation du terme « pluralisme » dans un contexte juridique peut paraître surprenante, particulièrement pour les politologues et les philosophes²¹. En effet, dans la théorie libérale classique, ce terme est presque toujours associé au pluralisme axiologique ou sociologique. Ces déclinaisons du pluralisme se manifestent, dans une société libérale moderne, par les conceptions morales divergentes de ce qui constitue une existence valable qu'entretiennent ses acteurs, et par le fait que ceux-ci émanent de cultures, de milieux et de classes sociales fortement différenciés. C'est pourquoi une des préoccupations principales du libéralisme est de tenter de trouver une forme d'organisation politique qui permette à ces individus de vivre en paix au sein d'un Etat stable tout en menant une existence conforme avec ces valeurs ou caractéristiques qui les distinguent les uns des autres.

En Europe, les principes du pluralisme perpétuent les modalités d'un accommodement historique de très ancienne date²². Avant de faire appel à un système philosophique particulier et de s'incarner dans un répertoire de solutions pragmatiques, ils reposent sur un état d'esprit fait de convivialité et de compréhension mutuelle. « *Aussitôt qu'en Europe, un principe, quel qu'il soit, tente de dominer absolument, il se heurte toujours à une résistance qui surgit des profondeurs même de la vie* », écrit à ce sujet le grand historien allemand Leopold von Ranke.

²¹ Selon la pensée politico-sociologique : « le pluralisme est l'existence au sein d'une société dont la cohésion provient d'une culture et un sentiment d'identité communs, de groupes ethniques, linguistiques, religieux, politiques et sociaux d'origines diverses ». C'est ces communautés reconnaissent leurs particularismes respectifs et renoncent à s'arroger une position dominante en se procurant notamment des avantages institutionnels permanents.

²² Voir sur ce sujet ANDRE RESZLER, « Le pluralisme. Aspects historiques et théoriques des sociétés pluralistes », première partie de l'ouvrage, La table Ronde, Paris, 2001, pp. 39-89.

La vision pluraliste de la société, de la culture a pour corollaire une vision pluraliste de la personnalité humaine. Chaque homme a sa forme propre, « sienne » et « maîtresse », affirme Montaigne « Tout homme porte en lui-même *la forme entière de l'humaine condition* ». Cette forme se compose cependant d'un certain nombre de moi alternatifs, chacun d'eux pouvant être considéré à un moment donné comme le moi. Sans se trahir pour autant, l'homme est un être « insatiable, vagabond et versatile » et qui, sans le vouloir, échappe constamment à lui-même. « Nous flottons entre divers avis : nous ne voulons rien librement, rien absolument, rien constamment ».

Bien qu'il s'inscrive dans une logique connexe, le terme de « pluralisme juridique²³ » fait appel à une signification relevant d'un autre ordre²⁴. Il repose en premier lieu sur le caractère porteur de l'imagerie associée au terme pluralisme et vise à mobiliser tout son potentiel symbolique. Le pluralisme définit l'état de ce qui est pluriel, donc multiforme, ou encore la coexistence dans un même milieu de plusieurs phénomènes d'un même ordre.²⁵ C'est ainsi qu'il peut se rattacher aux valeurs ou aux caractéristiques personnelles en philosophie ou en politique. Lorsqu'on accole à ce terme l'épithète « juridique », on vise à transposer ce contexte analytique au monde juridique. Ce concept est encore imprécis en l'état actuel des recherches²⁶. Néanmoins, comme l'écrit le Doyen CARBONNIER, il peut être considéré comme une constatation selon laquelle, « la diversité a envahi le milieu juridique²⁷ ». Il s'agit donc de la situation où coexistent plusieurs systèmes juridiques dans un même milieu. En d'autres termes, le pluralisme juridique vise la coexistence de plusieurs ordres normatifs au

²³ Voir JEAN-GUY BELLEY, « Pluralisme juridique », in ANDRE-JEAN ARNAUD (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition 1993, p. 443.

²⁴ Pour une réfutation de la position de certains, dont TAMANAHA, voulant que l'absence de consensus scientifique sur la notion de « droit » invalide en soi la théorie du pluralisme juridique, voir notamment FRANZ VON BENDA-BECKMANN, « Who's Afraid of Legal Pluralism ? », Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, n° 47, 2002, p. 37.

²⁵ Le Robert définit le pluralisme comme étant, « *un système admettant l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux différents, au sein d'un groupe organisé* ; la coexistence de ces divers courants. » Nouveau petit Robert, Paris, Les dictionnaires le Robert, 1993, à la page 1704.

²⁶ Pour une discussion poussée de cette question, voir notamment EMMANUEL MELISSARIS, Ubiquitous Law, Legal Theory and the Space for Legal Pluralism, Farnham, Ashgate, 2009.

²⁷ Jean CARBONNIER, « Flexible droit », Paris, LGDJ. 1983, pp. 16 et s. ; du même auteur, cf. « Sociologie juridique », PUF, Paris, 1978, pp. 210 et s. La tradition juridique s'inscrit dans la longue durée et dans un espace qui transcende le territoire étatique. La culture juridique peut être comprise comme une manifestation contemporaine et spécifique d'une tradition ; voir GHISLAIN OTIS, PAUL de DECKKER, WANDA MASTOR et al., Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone, Paris, 2ditions des archives contemporaines, 2010, p. 4-9.

sein d'une même unité d'espace et de temps. Le type de situation à laquelle fait référence le pluralisme juridique s'oppose donc à celui où seul un ordre normatif ou système juridique, généralement celui émanant de l'Etat, est présumé exister.

Il demeure entendu que la portée de cette locution dépend en grande partie de la détermination préalable de la signification des expressions « ordre normatif » ou « système juridique²⁸ » qui y sont associées. L'acception usuelle de l'expression ordre normatif s'intègre par ailleurs plus facilement que celle de système juridique à la définition du pluralisme juridique que nous avons proposée ci-dessus. Pour nos fins, ces deux vocables sont considérés comme synonymes.

La théorie juridique traditionnelle n'utilise le qualificatif « juridique » que dans un rapport plus ou moins étroit avec l'appareil étatique. Elle tend par ailleurs à défendre jalousement le monopole qu'elle prétend posséder sur l'utilisation de ce terme. Aussi, elle ne saurait considérer comme un système juridique que l'ensemble normatif qui émane d'un Etat. Elle cherche de cette façon à faire glisser le centralisme étatique d'une condition formelle à une condition de légitimité pour le juridique. Par l'inverse, elle accepte que le terme « normatif » ne soit pas ainsi déterminé de sorte que ce dernier puisse désigner des normes qui ne sont pas associées à l'Etat.

Le pluralisme juridique, s'oppose toutefois fondamentalement à tout effort de confiscation du sens du qualificatif juridique. Comme pour toute théorie, ses protagonistes l'ont défini en fonction de leurs intérêts de recherche et de leur conception du domaine juridique²⁹.

Pour les anthropologues du Droit, c'est la confrontation aux cultures « non modernes », et spécialement dans le contexte colonial, qui a fait éclater l'idéologie du « centralisme juridique³⁰ » et a ouvert les portes d'une prise de conscience du pluralisme

²⁸ Voir, par exemple, un ouvrage classique s'attachant à expliquer l'univers coutumier africain : ELIAS T. OLAWALE, « La nature du droit coutumier africain », Paris, Présence africaine, 1961.

²⁹ J. VENDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », dans J. Gilissen, éd., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de Bruxelles, 1972, page 19. Adoptant ce point de vue, VANDERLINDEN estime que reconnaissance étatique des droits extra-étatiques et pluralisme sont antinomiques puisque « dans l'Etat, qu'il soit colonial ou non, il ne peut y avoir qu'un droit » ; voir JACQUES VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », in EDWIGE RUDE-ANTOINE et GENEVIEVE CHRETIEN –VERNICOS (dir.), *Anthropologie et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 36. Voir également RODERICK A. MACDONALD et MARTHA-MARIE KLEINHANS, « What is a Critical Legal Pluralism ? », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 12, n° 1997, p. 25.

³⁰ Legal centralism.

juridique. Selon John Griffiths³¹, dans son texte fondateur sur le pluralisme juridique, le centralisme juridique est la perspective du juriste selon laquelle seul existe le droit de l'Etat à l'exclusion de tout autre. C'est une idéologie en ce sens qu'elle véhicule une vision du monde du juriste qui ne correspond pas à la réalité factuelle observable, telle qu'elle ressort par exemple clairement dans les anciennes situations coloniales occidentales où cohabitent parallèlement au droit étatique d'autres formes de Droit, « coutumières ». Ces situations étaient clairement des situations de pluralisme juridique, caractérisées par la présence dans un même champ social de différents ordres juridiques. Le pluralisme juridique ne faisait donc aucun doute. Tout au plus pouvait-on distinguer entre un pluralisme juridique faible³², où les autres droits étaient formellement reconnus par le système juridique dominant, par exemple la domination du droit positif français et la reconnaissance du système issu de la charia islamique, et le pluralisme juridique fort³³ qui dépasse ce qui est reconnu par le système juridique officiel.

Ces approches font écho à l'ancienne définition du pluralisme juridique de Jacques Vanderlinden qui continue à être souvent citée, bien que réfutée depuis par son auteur, et selon laquelle : « Le pluralisme juridique est l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques ³⁴ ». Le problème avec ce genre d'approche est que le pluralisme est postulé à l'intérieur d'un champ perçu comme homogène. Plus haut, nous avons décortiqué le piège de la culture comme notion uniformisante pour penser le pluralisme. Il en va de même avec la notion de « société ». Autant la « culture » que « la société » sont fondamentalement imprégnées par un imaginaire unitariste, voire uniformisant ; c'est comme si les deux étaient pensées à l'aune de l'image juridique de l'Etat. Or, où commence et où s'arrête une société ? Où commence et où s'arrête une culture ? Jacques Vanderlinden a ainsi été amené à revoir sa définition³⁵ pour arriver à une nouvelle définition du pluralisme juridique qu'il formulera finalement comme « la

³¹ JOHN GRIFFITHS, « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 1-55.

³² Weak legal pluralism.

³³ Strong legal pluralism.

³⁴ JACQUES VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, Essai de synthèse », in JOHN GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, Institut de sociologie, histoire et ethnologie juridique, 1972, p. 56.

³⁵ JACQUES VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, p. 573-583.

situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique, se voir appliquer des *mécanismes juridiques relevant d'ordres juridiques* différents³⁶ ».

La notion de « limite » mérite d'être expliquée car tout au long de ce travail, elle sera utilement utilisée, ceci étant, elle permet de bien dégager les solutions qui permettront de sortir l'union des Comores de cette situation de « pluralité de normes », dans laquelle elle semble avoir sombrée.

Le terme de « limite » est synonyme de « freiner, restreindre, tempérer, barrière, stoper, arrêter, circonscrire, mettre fin ou mettre un terme à un procédé, à une technique, à un contrat, ou à une situation quelconque...etc. ».

Dans notre sujet, ce terme de « limite », permet de s'interroger sur les mécanismes juridiques dont les Comores ont besoin pour sortir le pays du désastre juridique dans lequel il semble avoir sombré. En d'autres termes, l'objet de ce travail de réflexion est double en premier lieu il est descriptif, c'est-à-dire qu'il consiste à décortiquer, à dévoiler la complexité du système, à le cerner ce qui nécessite un travail descriptif et en deuxième lieu, c'est un travail prospectif qui consiste, à la lumière du système français, à proposer les améliorations nécessaires afin de le rendre performant, optimal, rationnel et opérationnel.

§4 La notion de justice

5. Et si la justice *se laissait d'abord saisir par son contraire ? C'est pas juste* », *proteste l'enfant révolté par la réprimande qui eût dû s'adresser à tel autre, le partage inégal d'un gâteau qui fait la part belle à ses aînés ou la promesse inébranlable d'aller au cinéma qui cède, le moment venu, devant la fatigue inopinée de papa ou de maman*³⁷ ». La substitution de la justice à la vengeance, du bien au mal, est une grande conquête de l'humanité. « Au court-circuit de la vengeance, la justice substitue la mise à distance des protagonistes³⁸ ». La justice, à travers le procès, substitut réglé à la violence négatrice d'autrui, a pour mission de restaurer le lien social en faisant la part de chacun. Ainsi que Paul Ricoeur l'a lumineusement montré, le partage, en effet, n'est pas seulement ce qui sépare l'un

³⁶ Idem, Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique, Paris, Karthala, coll. « Cahiers d'Anthropologie du droit », 2003, p. 31.

³⁷ S. LÉBOVICI, « C'est pas juste », in la justice. L'obligation impossible, Autrement, série, Morales, n° 16, 1994, p. 16 et s.

³⁸ P. RICOEUR, « La justice », Paris, Editions Esprit, 1995, p. 11-13, spéc. P. 12.

de l'autre en donnant à chacun le sien (ce qui correspond à la finalité « courte » du jugement) ; il est aussi ce qui nous fait partager (c'est-à-dire, au sens fort du mot, prendre part à) le même lien social, en faisant reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui (là est finalité « longue » du jugement). La justice suppose donc un tiers pour départager les intérêts qui se heurtent. La justice est dans cette médiation du tiers, nécessairement impartial, situé à juste distance des protagonistes et qui crée la justice distance entre les protagonistes. Le triangle est le symbole de la justice, si trois est le chiffre du procès³⁹.

Par principe, en tout cas, la justice apparaît ainsi, indissociablement, dans sa double dimension éthique et juridique, morale et légale, un élément fondamental du pacte social, elle se révèle sans doute à travers les juges et les tribunaux, les justiciables et leurs avocats, les demandes et les jugements, ce que l'on nomme l'institution judiciaire. Ainsi, la justice dont il est question ici, c'est la justice en tant que juridiction ayant comme mission de dire le droit.

La justice est tout d'abord un principe moral, une valeur : être juste, c'est traiter tout le monde de la même manière et lutter contre tout ce qui est contraire à l'égalité. Pour rendre cela possible, il existe des règles de procédures uniformes⁴⁰ à respecter par le juge agent chargé de remplir cette mission. Pour respecter ce principe, c'est l'Etat par l'intermédiaire des représentants élus par le peuple, qui définit ce qui est juste dans les lois qui sont à la base du droit. En effet, toute situation juridique doit pouvoir faire l'objet d'une vérification de sa régularité par un tiers qui a la qualité de juge. Ce contrôle éventuel, potentiel, constitue une garantie essentielle du respect des libertés publiques et privées, des droits fondamentaux des citoyens.

La justice c'est aussi une institution, c'est-à-dire, la justice désigne l'ensemble de toutes les institutions permettant de rendre la justice, de juger les litiges opposant, par exemple, de simples particuliers entre eux, ou des particuliers et l'Etat⁴¹, un service public accessible à

³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « 2+1= la procédure », in *La justice. L'obligation impossible*, préc., p. 193 et s. ; P.- Y. GAUTIER, « Les nombres sacrés », in *Mélanges Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 163 et s.

⁴⁰ F. RIGAUX, « La loi des juges », O. JACOB, 1997, p. 7.

⁴¹ A. JEAMMAUD, « Conflit, Différend, Litige », *Droits* 2001. 34. 15 ; G. CORNU et J. FOYER, « Procédure civile », PUF, 3^e éd., 1996, p. 41 : « réduit à l'essentiel, le litige se définit comme un désaccord de volonté relativement à un objet ; de même que le contrat est concours de volontés, le litige est conflit de volontés ».

tous, organisé par l'Etat pour faire respecter le droit⁴². Elle est rendue par les juges dans les palais de justice. Le but de la justice, en tant qu'institution, c'est de permettre à tout le monde de continuer à vivre ensemble, dans le respect de chacun, et en paix. Elle est conçue pour protéger les droits, les intérêts et la sécurité de tout un chacun. C'est pour cela qu'elle doit donner à tous les citoyens les moyens de se défendre contre toute injustice, qu'elle soit le fait d'un ou plusieurs autres citoyens, d'une personne morale ou de l'Etat lui-même⁴³. Elle permet d'obtenir de justes réparations pour les préjudices subis et punit les coupables⁴⁴.

En faisant respecter les règles de la vie en société, en dissuadant les individus d'empiéter sur les droits d'autres individus, elle cherche à assurer à chacun le maximum de liberté dans le respect de l'ordre public⁴⁵ : « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent⁴⁶ », en protégeant prioritairement les plus faibles.

La justice comorienne dans son ensemble, souffre d'un pluralisme bien mal maîtrisé, bien mal ordonné, qui rend impossible l'application des normes légitimes issues de la législation moderne. Une justice qui refuse parfois de rendre justice ; une justice dont l'indépendance, l'impartialité et la neutralité du juge sont mises en cause.

§5 La question de l'acculturation juridique

6. La notion d'acculturation juridique ici est synonyme, d'emprunt, de contact de systèmes qui vont chacun à la fois justifier de leur singularité, et leur immixtion avec les autres afin de produire un seul système. Ce processus est devenu mondial et a même une valeur universelle⁴⁷ car aucun pays, aucun système au monde n'a pu échapper à cela : à

⁴² D. SALAS, « La justice saisie par la littérature dans l'œuvre de Jean Carbonnier », Mélanges Guinchard, Dalloz, 2014, 55. C. PUIGELIER, « Voltaire autour de l'histoire et du procès », *ibid.*, 33.

⁴³ S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, A. DEPERCHIN et T. LEMARC'HADOUR, « La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante », Centre d'histoire judiciaire, Université de Lille 2/CNRS, 2008.

⁴⁴ Ainsi, entendue, la justice sociale tend à réduire les inégalités entre les hommes en assurant la juste réparation des richesses ; la justice individuelle procure à chacun ce qui lui est dû.

⁴⁵ X. LAGARDE, « Nul ne peut se faire justice à soi-même. Principe fondateur du procès civil », Mélanges Guinchard, Dalloz, 2010, 795.

⁴⁶ MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », 1748.

⁴⁷ Voir « L'acculturation juridique en droit des affaires » sous la direction de JEAN-LOUIS NAVARRO et GUY LEFEBVRE, éditions Thémis, 2007.

commencer par les pays anglo-saxons (a), la France (b), l' Afrique noire (c) et dans les pays de tradition musulmane (d)

a- Dans les pays anglo-saxons

Le constat s'impose d'abord de la reconnaissance récente du terme « acculturation » dans le vocabulaire français. Ce terme ne figure pas dans l'édition du Robert en 1966⁴⁸, il faut attendre le supplément de 1970 pour qu'il apparaisse comme « *acquisition, introduction d'un type de culture ou de traits culturels dans un groupe humain*⁴⁹ ». La définition est illustrée d'un exemple tiré d'un texte du sociologue Henri Mendras sur l'imprégnation des ruraux par la culture urbaine.

Encore absent du Petit Robert en 1973⁵⁰ le mot s'y trouve dix ans plus tard dans une acception à la fois collective et individuelle « Un Processus par lequel un groupe humain *assimile tout ou partie des valeurs culturelles d'un autre groupe humain*. L'acculturation des Amérindiens. 2. *Adaptation d'un individu à une culture étrangère avec laquelle il est en contact*. L'acculturation d'un immigré. »⁵¹

L'expression acculturation vient de la langue anglaise et plus précisément nord-américaine. On en doit l'invention à l'ethnologue et géologue John Wesley Powell, qui s'est intéressé à une zone couvrant le Colorado, l'Arizona et l'Utah. Dans une étude sur la langue des Indiens publiée en 1880, Powell écrit : « *la force de l'acculturation sous la présence écrasante de millions d'invention a forgé de grands changements* ». Il précise en 1897-1898 : « quand une invention est acceptée et utilisée par les autres elle est acculturelle ». D'autres auteurs de la fin du XIXe siècle ou du début du XXe emploient l'acculturation en rapport avec les Indiens d'Amérique.⁵² Les dictionnaires contemporains de langue nord-américaine proposent deux définitions légèrement différentes. Dans un cas, l'acculturation c'est « la

⁴⁸ Dictionnaire alphabétique analogique de la langue française, 1966, 6 vol.

⁴⁹ Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 1970, supplément, p.5.

⁵⁰ Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 1973, 1979p.

⁵¹ Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 1983, p. 16. Mitford M.

MATHEWS A dictionary of Americanisms, On Historical Principles, The University of Chicago Press, 1951, vol. 1, p. 5-6.

⁵² «The force of acculturation under the overwhelming presence of millions has wrought great change“ When an invention is accepted and used by others it is accultural” Mitford M. MATHEWS A dictionary of Americanismes, On Historical Principales, The University of Chicago Press, 1951, vol.1 pp 5-6.

*modification d'une culture primitive par contact avec une culture avancée*⁵³ », s'acculturer signifiant « *devenir membre d'un pays ou d'une région nouveaux et apprendre à se comporter d'une façon qui peut sembler appropriée*⁵⁴ ». Dans l'autre, toute idée de supériorité disparaît, l'acculturation est « *le processus d'adaptation à une culture différente*⁵⁵ » ou « *l'adaptation d'une culture différente ou son adaptation à elle*⁵⁶ ».

b- En France

On doit l'essentiel de la réflexion française sur l'acculturation juridique à quatre auteurs dont les écrits s'échelonnent entre 1948 et 1978 : Henri Lévy-Bruhl, Michel Alliot, Roger Bastide et Jean Carbonnier.

Précisons toutefois que la question de l'acculturation juridique ne paraît centrale pour aucun de ces auteurs même s'ils en proposent une approche souvent pénétrante. Ils relèvent de traditions et de disciplines parfois différentes.

Lévy-Bruhl observe le faible intérêt des juristes surtout motivés par des considérations pratiques. D'après lui, « *le problème mérite d'être vu de plus haut, à l'aide des ressources que nous fournissent l'ethnologie et l'histoire, ou aussi bien que la documentation contemporaine, car la science du droit- ce que j'ai proposé d'appeler la "juristique" ne fait pas de différence entre le passé et le présent, entre le national et l'exotique*⁵⁷ ».

Les contacts entre systèmes juridiques prennent des formes variées et il importe de distinguer, malgré la confusion de certaines situations, le phénomène assez courant du simple « emprunt » de « *la substitution intégrale, ou quasi intégrale, d'un système juridique à un autre* ». il y a là de processus de nature différente, « *en règle générale, la réception d'un droit étranger se distingue des emprunts partiels, si nombreux que soient ceux-ci, en ce*

⁵³ « The modification of a primitive culture by contact with an advanced culture », William MORRIS (ed) The American Heritage Dictionary of the English Language, American Heritage Publishing Co & Houghton Mifflinly, 1969.

⁵⁴ « To become part of the society of a new country or area and learn to behave in a way that is appropriate there » Longman Advanced Dictionary Harlow, Pearson Education Ltd., 2000, p. 10.

⁵⁵ « Process of adapting to a different culture » Eugene EHRLICH Oxford American Dictionary, New York, Oxford University Press, 1980.

⁵⁶ « Adoption of or adaptation to an alien culture » Lesley BROWN The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, Oxford, Clarenddon Press, 1993, p.16.

⁵⁷ Ibid., p. 29.

*qu'elle détermine un changement fondamental, un changement de structure, que l'on pourrait qualifier de révolution si ce terme n'était traditionnellement réservé aux transformations d'ordre politique*⁵⁸».

Lévy-Bruhl aborde la variété de ces transformations globales en commençant par leurs causes qui « se confondent souvent avec les circonstances qui ont donné naissance à ces contacts⁵⁹ », la colonisation par exemple. La diversité des moyens de cette transformation doit être aussi relevée, force, annexion par des moyens de droit privé comme mariage et successions, enfin diffusion pacifique, même si elle rencontre parfois des résistances, liées à la supériorité reconnue d'un système juridique sur les autres ce qui a été le cas du droit romain à partir de la fin du moyen-âge.

Quant aux résultats des transformations juridiques, ils vont d'une assimilation facilitée par une proximité de règles, mais possible aussi quand l'écart des systèmes juridiques est important jusqu'à « *la résistance à l'importation d'une civilisation étrangère. [Elle] a reçu le nom de contre-acculturation. En matière juridique, elle se traduit essentiellement par le maintien, sous forme clandestine, de coutumes para-légales ou illégales*⁶⁰ ». Le résultat peut être aussi comme en Afrique, après la colonisation, un droit nouveau empruntant à la fois au droit moderne et au droit indigène.

On comprend mieux ainsi les vecteurs de l'unification du droit surtout si l'on distingue entre les institutions dans leur degré d'ouverture à une influence étrangère.

Lévy-Bruhl écrit : « Il semble, à première vue, que celles qui se rapportent à *l'organisation de la famille soient plus tenaces que celles qui ont trait aux obligations et à la vie commerciale* »⁶¹.

Dans un écrit ultérieur, Lévy-Bruhl revient sur ce qu'il appelle « le problème des contacts » à travers « la renaissance du droit romain au Moyen-âge et les réceptions dans les temps modernes » dont « la plupart concernent des pays neufs qui se sont trouvés

⁵⁸ Ibid. p. 29.

⁵⁹ Ibid., p. 30.

⁶⁰ Ibid., p. 32.

⁶¹ Ibid. p. 32.

brusquement affrontés aux problèmes de la vie moderne que leurs règles de droit ne permettaient pas de résoudre » à savoir certains Etats d'Amérique du Sud, le Japon, la Turquie, l'Egypte⁶²...

Michel Alliot, qui s'inspire de Lévy-Bruhl, apparaît comme un personnage singulier⁶³.

Dans un texte publié en 1968⁶⁴, Michel Alliot reprend explicitement la distinction de Lévy-Bruhl entre « *le phénomène de l'emprunt qui porte sur une institution particulière, et celui de l'acculturation, transformation globale d'un système juridique due au contact d'un système différent* ». S'en tenant aux « transformations globales et, donnant à cette définition son sens plein, entendons un phénomène non pas seulement quantitatif mais qualitatif, non la *seule substitution d'un système à un autre comme il est arrivé si souvent dans l'histoire des annexions*, mais un changement de niveau de conscience juridique, dont le type serait le *passage d'un système organisé au niveau des sociétés traditionnelles à un systèmes qui se développe principalement au niveau de nos propres sociétés*⁶⁵ ».

Rejetant toute idée d'un déterminisme mécaniste ou d'une évolution linéaire, Alliot souligne en s'appuyant sur l'histoire du droit et l'ethnologie juridique la variété des modalités d'acculturation. Il écrit : « soumission, assimilation, réinterprétation définissent donc les *trois degrés de l'acculturation juridique* : la conversion à la loi islamique, la réception du Droit romain en Europe, la création contemporaine de systèmes juridiques propres aux nations du Tiers-Monde *en donnant trois illustrations et montrent combien s'accroît d'un degré à l'autre, la part de liberté incluse dans le phénomène*⁶⁶ ».

Les exemples traités fondés en partie sur les travaux de l'auteur sont centrés sur l'acculturation juridique en Afrique, en Océanie et en Asie « qui ont commencé leur grande mutation sous l'effet conjugué de la pensée et de la présence occidentale⁶⁷ ».

⁶² Henri LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 117.

⁶³ Cf. Un passeur entre les mondes, *Le livre des anthropologues du Droit* disciples et amis du Recteur Michel Alliot, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, 358 p.

⁶⁴ Michel ALLIOT, « *L'acculturation juridique* » in Jean POIRIER, *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, la Pléiade, p. 1180-1247.

⁶⁵ Ibid., p. 1181.

⁶⁶ Ibid., p. 1185.

⁶⁷ Ibid., p. 1186.

Comme Michel Alliot, Roger Bastide a été marqué par la connaissance d'autres cultures.

Alors qu'en France, pays colonial et d'immigration l'interpénétration des civilisations est délaissée, le problème a fait l'objet de travaux sociologiques aux Etats-Unis. A la différence de l'ethnographie voire de l'ethnologie qui s'intéresse à la diffusion de traits matériels et spirituels, la sociologie traite à la fois de l'acculturation et de la contre-acculturation. Elle s'intéresse non seulement aux résultats attendus, mais aux processus et elle implique des contacts durables entre les groupes étudiés. Le phénomène étudié, celui de l'accommodation « *l'harmonisation progressive des anciennes valeurs avec les nouvelles valeurs, des cultures du pays dont on vient avec les cultures du pays dans lequel on arrive* ⁶⁸ » se distingue du simple processus biologique d'adaptation ou de la miscégénéation et du processus politique de la nationalisation. Les résultats observés ne sont pas les mêmes selon que le contact a concerné des communautés entières ou des « groupes représentatifs, missionnaires, soldats ou commerçants ⁶⁹ », selon que les relations sont ou non amicales et concernent ou non des éléments de même niveau culturel.

Un ouvrage de Bastide constitué de textes publiés dans les années cinquante et soixante, « Le prochain et le lointain », contribue à faire sortir l'ethnologie d'une approche de groupes repliés sur eux-mêmes⁷⁰. Bastide procède à une distinction entre l'acculturation formelle et l'acculturation matérielle. L'acculturation formelle constituerait au fond dans les « *transformations ou métamorphoses de la forme de sentir, d'appréhender* » alors que l'acculturation matérielle recouvre les « contenus de la conscience psychique ⁷¹ ». Elle « *s'inscrit dans les parts perceptibles : diffusion d'un trait culturel, changement d'un rituel, propagation d'un mythe* ⁷² ». La notion d'acculturation formelle englobe ce qu'Herskovits a appelé réinterprétation et son étude mobilise ethnologie et psychologie.

Bastide reprend longuement l'analyse de Lévy-Bruhl en précisant qu'elle « *n'est pas une simple généralisation des données de l'anthropologie culturelle nord-américaine à un nouveau domaine* ». En effet alors que la démarche anglo-saxonne est marquée par la

⁶⁸ Ibid., P. 15.

⁶⁹ Ibid., p. 17.

⁷⁰ Roger BASTIDE, *Le prochain et le lointain* (1970), Paris, L'Harmattan, préface de François Laplantine, 2000, 299 p.

⁷¹ Ibid., p. 138.

⁷² Ibid., p. 137.

psychologie, la démarche française sera sociologique « *en faisant refluer l'explication du terrain des contacts interhumains au terrain du contact entre institutions* ⁷³ ». Différents auteurs brésiliens ont traité dans cette perspective la question des emprunts en droit constitutionnel en expliquant l'assimilation ou l'expulsion par des caractéristiques nationales.

L'étude « des rencontres entre systèmes juridiques différents » présente des difficultés. Le droit est en effet cause et objet d'acculturation. Ensuite le droit se distingue des modèles normatifs plus globaux. Toujours est-il que les juristes et spécialement les historiens du droit en apportant une connaissance du passé, peuvent rendre « cumulatives » leurs études et celles des ethnographes ⁷⁴.

Au fond, l'apport de Bastide reste limité tant sur le plan de l'acculturation juridique que sur le plan des développements fournis sur l'acculturation folklorique, culinaire ou religieuse.

Demeure un élément essentiel de cet ouvrage, c'est que l'acculturation fonctionne à double sens, dans un contact entre sociétés il n'y a pas celle qui donne et celle qui reçoit, l'acculturation implique une forme de réciprocité.

Le dernier auteur, Jean Carbonnier revient sur le terme d'acculturation en rappelant qu'il « évoque littéralement non sans préjugés ethnocentriques le passage de primitif à la civilisation, *ad culturam*, alors que ce qu'il désigne est beaucoup plus large. Par acculturation, en effet, il faut entendre toute greffe d'une culture sur une autre ⁷⁵ ».

L'acculturation peut résulter d'une autorité publique imposant son dessein par la loi ou un code ou par l'autorité judiciaire à l'exemple des juges français tirant vers le Code civil le droit musulman qu'ils étaient chargés d'appliquer en Algérie. L'acculturation peut procéder de forces privées doctrinales ou contractuelles comme dans le cas du leasing, de la carte bleue, de l'offre publique d'achat importés du droit anglo-saxon vers le droit commercial français. Dans ses effets, l'acculturation réussit si les nouvelles règles sont effectivement appliquées, mais la possibilité d'un rejet demeure. Enfin l'acculturation implique une transformation de la personnalité des individus en les soumettant, au moins au départ, à « une

⁷³ Ibid., p. 151.

⁷⁴ Ibid., p. 156.

⁷⁵ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, (1978), 2^e éd., 2004, p. 377.

dualité de systèmes normatifs⁷⁶» paraît rompre avec la distinction forgée par Lévy-Bruhl et reprise en particulier par Alliot entre l'acculturation et le simple emprunt. Jean Carbonnier écrit en effet « *tandis que l'acculturation peut se limiter à une institution, ou même à une règle isolée, la réception est un phénomène global* », comme dans la réception du droit romain en Allemagne à partir du XIV^e siècle⁷⁷.

Dans le domaine du droit, la réflexion contemporaine sur l'acculturation relève davantage de la sociologie ou de l'anthropologie juridique que de la doctrine au sens que les juristes donnent habituellement à ce terme. Dominique Manaï considère l'acculturation « *comme un phénomène d'interaction conflictuelle entre deux cultures* » présentant un caractère hétérogène et dont l'une est dominante. Cet auteur souligne après Lévy-Bruhl et Alliot la force de l'acculturation par rapport au simple emprunt d'institution, car elle « *implique une altération globale d'un système juridique due au contact d'un système différent* »⁷⁸.

Pour Norbert Rouland, « *en droit, on peut définir l'acculturation comme l'ensemble des processus suivant lesquels les systèmes de normes juridiques, les comportements des acteurs et leurs représentations sont construits et modifiés par les contacts et interpénétrations entre cultures et sociétés* »⁷⁹.

On doit à ce même auteur une présentation synthétique de l'acculturation juridique⁸⁰. Proposant une « *théorie générale des transferts de droit* », comme transmission d'un droit d'une société à une autre, N. Rouland en distingue l'acculturation juridique « *processus plus profond unilatéral ou réciproque* »⁸¹.

Prolongeant les analyses de M. Alliot, N. Rouland souligne les limites de certains transferts de droit. En effet, dans les sociétés traditionnelles la place du droit reste plus réduite que dans les nôtres, et les valeurs juridiques n'y sont pas les mêmes avec d'un côté un

⁷⁶ Ibid., p. 383.

⁷⁷ Ibid., 384.

⁷⁸ Dominique MANAÏ, « *L'acculturation* » in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 3-4.

⁷⁹ Norbert ROULAND, « *l'acculturation juridique* » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Lamy et PUF, 2003, p. 4-6.

⁸⁰ Norbert ROULAND, Anthropologie juridique, Paris, Presse Universitaires de France, 1988, p. 337-392.

⁸¹ Ibid., p. 338.

temps immuable, le poids du groupe et la référence rituelle au mythe, de l'autre la valorisation du changement, de l'individu et « *la maîtrise du droit par l'homme*⁸² ». Trois degrés d'acculturation juridique se présentent. Le premier correspond à un processus de « soumission » lorsque la loi d'origine divine, en l'espèce la loi islamique, remplace le mythe. Le deuxième degré, « *l'assimilation* » fait référence à la nature ou à la raison comme dans la réception du droit romain ou au Code civil en Europe. Le troisième degré, celui de la « réinterprétation » se fonde sur un « choix idéologique » impliquant l'adoption « *d'un modèle extérieur*⁸³ ». Les transferts de droit sont d'autant plus aisés que les sociétés concernées sont proches et produisent, au moins partiellement, résistance ou « dénaturation » comme dans le cas des colonies françaises d'Afrique noire⁸⁴.

c- En Afrique noire

L'Afrique noire a connu une première forme d'acculturation juridique consécutive à l'islamisation sous la forme d'un « droit coutumier islamisé ». La colonisation européenne passe par une coexistence du droit moderne et du droit traditionnel au profit du premier, ce qui implique une véritable « dénaturation » du droit traditionnel en particulier par la rédaction des coutumes. Les codifications réalisées après les indépendances dans un objectif de développement et d'unité nationale ont tendance aussi minorer le droit traditionnel, souvent perçu comme archaïque. Pourtant on observe aussi bien en matière familiale, foncière, que de règlement des conflits, une résistance des droits traditionnels, voire une prise en compte de certains de leurs aspects par le droit nouveau étatique⁸⁵.

N. Rouland relève avec raison que si les juristes parlent rarement d'acculturation, ils abordent pourtant parfois ses effets notamment en histoire du droit et en droit comparé.

Le comparatiste René Rodière traite ainsi de « *l'imitation facteur continu de rapprochement entre les systèmes juridiques*⁸⁶ ». De la diffusion du droit romain à celle du Code civil les causes en sont diverses qu'il s'agisse de l'invasion, de la colonisation ou de l'admiration intellectuelle pour un modèle de droit jugé plus moderne. L'emprunt du Code

⁸² Ibid., p. 342.

⁸³ Ibid., p. 343.

⁸⁴ Ibid., p. 344-345.

⁸⁵ Ibid., p. 347 et suiv.

⁸⁶ René RODIERE, Introduction au droit comparé, Paris, Dalloz, 1979, p. 11 et suiv.

civil suisse par Mustapha Kemal, le rôle de Boissonnade au Japon ou de Josserand au Liban relèvent de cette dernière catégorie.

Philippe Jestaz, lui, utilise la notion d'acculturation qu'il définit comme « *l'importation par un groupe social d'une culture étrangère*⁸⁷ ». L'acculturation juridique paraissant transcender les différences liées aux civilisations a caractérisé le succès du droit romain puis du Code civil animés l'un et l'autre par une image de rationalité.

Enfin, dans une réflexion de droit comparé fondée sur la réception du droit romain en Ecosse, Alan Watson a étudié « les transplants juridiques⁸⁸ ».

Il existe probablement des phénomènes d'acculturation dans tous les systèmes juridiques et dans toutes les branches du droit. Si le vocable d'« acculturation juridique » est d'utilisation récente, la réalité qu'il recouvre est au contraire ancienne.

d- Dans les pays de tradition musulmane

L'acculturation se présente depuis quelques années comme un sujet d'actualité en Union des Comores, l'idée se faisant jour que la colonisation produirait une francisation du système comorien. Cette francisation du système comorien résulterait de l'efficacité juridique de son ancien colonisateur.

Il est reconnu et publié partout dans le monde que les Comores sont une République Islamique. Néanmoins, l'organisation juridico-judiciaire du pays laisse penser que l'idéal musulman n'a pas été respecté. En effet, l'idéal musulman consiste à établir l'identité de la communauté des croyants et de la société civile. Il n'a donc jamais été réalisé. Paul Guy constate bien cette incohérence de l'idéal musulman en Union des Comores lorsque il déclare que : « Si la République des Comores se déclare islamique et proclame son attachement aux *règles du droit chaféite, la population de l'Etat comorien en a de moins en moins en cure*⁸⁹ ». Mais les Comores ne sont pas le seul pays musulman dans cette situation. Une circonstance

⁸⁷ Philippe JESTAZ, *Le droit*, Paris, Dalloz, 1991, Collection connaissance du droit, p. 61 et suiv.

⁸⁸ Alan WATSON, *Legal Transplants, An approach to comparative law*, Athènes et Londres, The University of Georgia Press, (1974), 2e éd., 1993, 121 p.

⁸⁹ *Etudes sur le droit comorien*, 11 fasc., Paris, Centre d'études juridiques comparatives de l'Université de Paris I, 1984.

en fait preuve. Partout dans l'organisation juridique est établie une dualité significative⁹⁰. A côté de la juridiction du qâdi, qui est apparue sous les Omeyyades, et qui seule est légitime selon le droit musulman, un ou plusieurs types de tribunaux ont toujours existé, qui appliquent les coutumes profanes du pays ou les règlements pris par les autorités, et dont la jurisprudence s'écarterait plus ou moins des règles strictes du droit musulman : on peut citer entre-autres les juridictions de la police, de l'inspecteur des marchés, de l'équité du calife ou des délégués, etc.

Ces juridictions n'ayant eu pendant longtemps qu'une compétence exceptionnelle, la situation a changé depuis un siècle ; des juridictions étatiques nouvelles ont été mises en place. La compétence de ces juridictions, originellement bornées à l'application de lois modernes, a fini par être souvent étendue à l'ensemble du droit, et par faire disparaître de plus en plus la compétence des qâdi.

Trois phénomènes notables se sont produits, au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle, concernant le droit dans les pays musulmans. Le premier a été, en nombre de matières, l'occidentalisation du droit. Le second est la codification des matières qui avaient échappé à cette occidentalisation⁹¹. Le troisième est l'élimination des juridictions spéciales, qui jusque-là avaient été chargées d'appliquer le droit musulman. Mais il faut signaler les mouvements tendant à une réislamisation du droit, sous l'influence des intégristes musulmans.

Le droit musulman a toujours reconnu aux autorités le pouvoir de prendre des dispositions visant au bon ordre de la société. Mais ce pouvoir a été exercé pendant des siècles avec modération, et sans porter ombrage aux théologiens de l'islam. Il en va autrement, depuis un siècle, dans nombre de pays musulmans. Un usage intensif a été fait de ce pouvoir réglementaire, aboutissant à introduire des règles, parfois à développer des branches entièrement nouvelles dans le droit. Que la chose ait été faite dans certains pays par promulgation de codes, dans d'autres pays par celles de grandes lois ou par l'œuvre de la jurisprudence, importe peu. Le résultat, ici et là, est le même : dans les matières qui ne ressortent pas du statut personnel (personnes, familles, successions) et qui ne touchent pas les fondations pieuses, le droit musulman a cessé d'être appliqué au profit de règles empruntées

⁹⁰ E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, 2 vol., 2^e éd., 1961. – L. Millot et P. Blanc, Op. Cit. p. 524 et suiv.

⁹¹ H. V. Velidedeoglu, « Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux », *Prapports généraux*, au Ve Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 4-9 août 1958 ; t. I, p. 178-181.

au droit de la famille romano-germanique ou à la famille de la Common Law (confirmation du phénomène d'occidentalisation du droit musulman). Le droit constitutionnel⁹² et le droit administratif, le droit civil et le droit commercial, le droit pénal ont été de cette sorte occidentalisés dans nombre de pays musulmans. Ces derniers ne conservent que peu de dispositions portant l'empreinte du droit musulman⁹³. Quant à la codification du statut personnel, elle a posé un problème beaucoup plus délicat. Que les gouvernants n'aient, en ces matières, aucun pouvoir de modifier les règles élaborées que comporte le droit musulman, est un principe qui ne prête pas à discussion. Mais peuvent-ils sans modifier ces règles, les exposer de façon systématique en effectuant une œuvre de consolidation ? On pouvait bien en douter.

La tentation a été grande d'effectuer une telle œuvre pour dispenser les uns et les autres de se référer à des ouvrages multiples, souvent confus, rédigés dans une langue arabe qui n'était pas la langue courante de tous les pays musulmans. Le danger de rationalisation du droit, inhérent à toute entreprise de ce genre, n'a pas échappé cependant aux traditionalistes musulmans dans certains pays, et jusqu'à une époque récente les autorités pouvaient légiférer en matière de statut personnel et de fondations pieuses, même si elles prétendaient ne pas vouloir faire autre chose que reproduire des règles orthodoxes. On peut citer par exemple des codes du statut personnel, préparés en Egypte par Mohammed Kadry Pacha, en Tunisie par D. Sentillana, en Algérie par M. Morand. Ces codes sont demeurés de simples œuvres privées, quoique leur haute valeur scientifique et leur caractère conforme à l'orthodoxie aient été généralement reconnus. En Turquie même, le code civil et le code de procédure civile « Mecelle⁹⁴ », le « Medjellé⁹⁵ », ont laissé de côté le droit des personnes, des familles et des successions. Ceci, malgré la très grande difficulté que constituait, pour les turcs, la nécessité d'avoir recours à des sources en langue arabe pour connaître le droit en ces matières. Quand le Roi Ibn Saoud d'Arabie Saoudite avait déclaré, en 1927, son intention d'établir un code de droit musulman basé sur les enseignements d'Ibn Taimiya, l'opposition a clairement contesté cette décision. Ce projet a donc été abandonné.

⁹² La Constitution des pays arabes, colloque organisé en 1998 à Beyrouth par le centre d'études des pays arabes.

⁹³ Ch. CHERATA « Les survivances musulmanes dans la codification du droit égyptien », RID comp. 1965, p. 839-853. – J. M. Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations » RID comp. 1968, p. 37-78 ; - M. E. Tyan « Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental en matière de droit civil » Zeitschrift Vergleichend Rechtswissenschaft, 1963, p. 18-28.

⁹⁴ S. S. Onar « La collection d'une partie du droit musulman dans l'Empire Ottoman »

⁹⁵ Annales de la faculté de droit d'Istanbul, vol. 4, 1954, p. 90-128 publié de 1869 à 1876.

En Algérie, où toutes les lois promulguées en la matière avant l'indépendance ont été abrogées, un Code de la famille a été adopté en 1984, dans lequel l'on retrouve toutefois l'influence du droit français⁹⁶. Il en va de même au Pakistan. S'agissant de l'Etat iranien, une loi adoptée en 1979 est venue réformer le divorce. Il en va de même au Pakistan⁹⁷. Quant au Koweït, un code de la famille a été établi en 1984.

Toutes ces codifications opérées dans tous ces Etats de droit musulman laissent croire que les Comores ne sont pas le seul pays musulman dans cette situation d'occidentalisation de leur droit.

Le pluralisme juridique en union des Comores est aussi une étude comparée entre la France et les Comores. Cette comparaison a une fonction et cette fonction a été analysée et justifiée en science sociale par E. Durkheim. Ce dernier a justifié l'intérêt de la comparaison en raison du fait que celle-ci tient lieu d'expérimentation indirecte.

Dans les sciences de la nature, on peut observer directement la causalité, les rapports qui peuvent exister entre différents éléments.

Lorsqu'on étudie le droit et les comportements sociaux, il n'est pas possible d'avoir recours à ce type d'expérience. L'expérience sera donc apportée par la comparaison (exemple : constater les effets de l'évolution d'une législation, telle que l'avortement qui existe dans un pays et pas dans un autre de niveau comparable, quelles en seront les conséquences démographiques ?)

Les fonctions de la comparaison ne se limitent pas à cela. Faire une étude comparatiste permet aussi une meilleure compréhension du droit national. Une étude comparée peut faire percevoir la singularité d'un système juridique et cette perception peut faire douter de l'évidence même de ce système.

Comparer a une autre fonction ; celle de modifier le droit national. Quand l'on effectue une étude comparée, l'on ne cherche pas uniquement à comparer mais aussi à modifier. Il est

⁹⁶ R. Babadji et M. N . Mahieddin, « Le fiqh islamique source non exclusive du droit de la famille en Algérie », Rev. Int. Civ. Comp., 1987, p. 163.

⁹⁷ « Le droit de la famille », 1960, p. 99-129.

tout à fait fréquent, lorsque l'on souhaite réformer telles ou telles institutions ou tel ou tel mécanisme, de regarder quelles solutions ont été adoptées dans d'autres Etats et plus particulièrement dans le pays dont le régime politique et juridique et le niveau de développement sont comparables à celui qui existe dans l'Etat premier soumis à comparaison.

Lorsqu'il réforme, il n'est pas rare que le législateur procède par emprunt d'un élément issu d'un système étranger. C'est exactement ce qui s'est produit en Union des Comores, le législateur comorien quand il réforme il regarde avant tout ce que le législateur français a prévu.

La comparaison a également pour fonction de faciliter les échanges internationaux par la connaissance de la langue et du droit de l'autre. Il est tout à fait fréquent que les conventions bilatérales ou multilatérales portent sur des domaines où les pays signataires ont des rapports juridiques communs.

Les échanges internationaux ont tendance à se multiplier dans un cadre qui était européen ou africain, devenu aujourd'hui mondial. Tout cela appelle à une meilleure connaissance des écarts entre les différents systèmes juridiques. Il y a d'ailleurs, au regard de ces échanges et développement, un souci manifeste de conciliation, voire de synthèse entre des systèmes juridiques différents et il est possible qu'émerge progressivement, en tout cas dans certaines branches du droit, un droit commun qui serait en quelque sorte un droit partagé par l'humanité toute entière.

La comparaison des droits, envisagés dans leur diversité géographique, est chose aussi ancienne que la science du droit elle-même. Au moyen-Âge, l'on a comparé droit romain et droit canon et l'on a disputé de même en Angleterre, au XVIIème siècle, sur les mérites comparés du droit canonique et de la Common Law. La comparaison des coutumes a servi, par la suite, à fonder les travaux de ceux qui ont cherché à dégager en France un droit commun coutumier, en Angleterre un Deutsches Privatrecht. Montesquieu enfin s'est efforcé, par la comparaison, de pénétrer l'esprit de lois (1748) et de dégager les principes d'un bon système de gouvernement.

Faire une comparaison entre le système comorien et le système français permet aussi de comprendre et de faire comprendre notre droit national afin de l'améliorer. En 1869 il a été

créé en France la Société de législation comparée dont l'objet est d'étudier les nouveaux codes, qui étaient publiés dans les divers pays, en vue de se rendre compte des variantes qu'ils comportaient par rapport aux codes français, et de suggérer au législateur, le cas échéant, certaines retouches à ces derniers.

Cette comparaison des droits comorien et français est en effet parfois difficile ; il faut savoir, avant de s'y risquer, les dangers auxquels l'on est exposé et les règles de prudence auxquelles l'on doit s'astreindre lorsqu'on s'engage dans ce domaine⁹⁸.

Les Comores sont signataires de plusieurs conventions internationales, bilatérales et régionales, ces engagements rendent désormais possible de bâtir un système cohérent.

La colonisation, et la présence de plusieurs civilisations étrangères ont en outre laissé en héritage une pluralité juridique plus ou moins assumée et organisée. La prise en compte de cette pluralité juridique s'impose comme une revendication sociale et politique, et comme une condition de gouvernance démocratique.

La première partie de ce travail est consacrée aux aspects de la pluralité des juridictions en Union des Comores. Cette partie nous permettra de présenter la diversité des juridictions; quant à la deuxième partie, celle-ci se penche sur le rôle du juge dans la gestion de la pluralité juridique et met en évidence les obstacles rencontrés : persistance de la prétention étatique au monopole du droit, subordination des ordres juridiques, inadaptation voire résistance de l'organisation judiciaire aux échanges entre systèmes juridiques et, enfin, difficulté pour les juges étatiques de faire une lecture pluraliste des règles applicables.

Ce travail offre ainsi des clés pour comprendre le parcours parfois difficile de la justice dans les méandres de la diversité juridique et pour identifier les évolutions nécessaires afin que le système comorien soit efficace et afin que le juge devienne un acteur volontaire et performant de la rencontre des cultures juridiques.

⁹⁸ Risque de mauvaise compréhension, de mauvaise interprétation et d'application. Quand on comprend mal une disposition étrangère, il est tout à fait possible qu'on l'interprète mal et on l'applique aussi bien mal.

§6 : Les difficultés de la recherche

7. Cette recherche comporte trois grandes difficultés particulières : la première, le droit positif comorien, et les juridictions comoriennes dans leur diversité et leur complexité, sont très mal connus des juristes français. Il a donc été nécessaire de faire comprendre aux lecteurs la complexité du système. Dans cette partie, la documentation est assez rare. C'est la raison pour laquelle ce travail revêt deux caractères :

- descriptif pour faire comprendre au juriste français le système comorien et l'organisation complexe des juridictions ;

- prospectif en ce qu'il permet de décortiquer ce système, c'est-à-dire son examen et de songer à son amélioration, sa rationalisation, sans doute à la lumière du système français.

La deuxième difficulté porte sur la question des sources et notamment, les sources juridiques et documentaires concernant la question sur laquelle porte ce travail de recherche. La rareté des sources juridiques et documentaires reste un gros problème dont le remède serait peut-être d'instaurer des maisons d'édition ou au moins une en Union des Comores.

On a été amené à prendre des exemples de pays voisins de l'Afrique noire, francophone.

Troisième difficulté est de nature financière : Les universités octroient peu de contrats doctoraux, et la plus part des étudiants ne bénéficient d'aucune aide ni intérieure ni extérieure pour le financement de leur thèse.

§7 : Problématique du sujet

8. Dans un petit pays de plus en plus interdépendant, multiculturaliste, démocratique, conservateur, qui s'ouvre à la modernité et se trouve soumis à des défis inédits, notamment dans le domaine de l'organisation juridictionnelle et du droit en général, face à l'influence d'une grande nation policée comme la France comment organiser la justice et le droit comorien pour répondre à ces enjeux, comment rendre rationnel le pluralisme juridique comorien et quel est à cet égard la place et le rôle du juge national ?

Première partie : La pluralité des juridictions : une pluralité assumée et organisée

9. Les réflexions portées dans cette partie ont à cœur de décortiquer et de présenter l'existence de la pluralité des juridictions en Union des Comores. Dans cette étude, il a paru utile de réserver une place considérable à l'organisation juridictionnelle comorienne, en commençant par aborder la question de la composition de l'appareil de justice (Titre 1), mais aussi il a été utile de cerner la question de l'organisation plurale des juridictions dans l'optique d'un ordre juridictionnel (Titre 2).

Titre I : La composition de l'appareil de justice

10. L'étude de la pluralité et de la composition de l'appareil de justice ne doit pas négliger deux aspects empiriques et omniprésents dans le système comorien, l'un fondé sur la pluralité des juridictions locales (Chapitre 1) et l'autre fondé sur la pluralité des juridictions religieuses (chapitre 2).

Chapitre I : Pluralité des juridictions locales

11. La pluralité des juridictions locales comoriennes se justifie par la présence de deux types de juridictions spécifiquement ancestrales, l'une la juridiction milanantsiste (section 1) et l'autre, la juridiction bangwenienne dont sa spécificité est connue par le nom de Anda (section 2)

Toute juridiction possède une ou plusieurs normes formelles ou matérielles qui s'appliquent ou qui sont censées être appliquées. C'est dans cette optique qu'on peut s'intéresser aux origines, et au fonctionnement de cette pluralité des juridictions locales. On est ainsi exposé à commencer par étudier l'originalité de cette juridiction dite milanantsiste (section 1), avant de tenter d'aborder la particularité de la coutume du anda comme une juridiction bangwenienne (section 2)

Section I : *L'originalité de la juridiction du mila na ntsi*

12. Pour comprendre l'originalité de ladite juridiction qui n'a pas de fondement formel, on va commencer plus simplement à mettre en évidence la question de sa composition (§1), avant de s'interroger sur la question de savoir d'où proviennent ses propres règles de résolution des litiges (§2)

§1- Sa composition

13. Cette juridiction traditionnelle est organisée sur la base d'une division très marquée entre deux chambres organisées de manière hiérarchisée, d'une part, les fils du village (A), ceux qui n'ont pas encore le titre d'accès à la classe dite des rois du village (B)

A- Une chambre composée de fils du village

14. Cette structure bénéficie d'un statut défavorisé car elle est sous l'autorité des rois du village⁹⁹, comme main d'œuvre taillable et corvéable à merci, sans aucune possibilité de trancher¹⁰⁰. Ils vont constater des petites affaires de moindre valeur et les porter devant la

⁹⁹ Taréhi n° 6, « Anthropologie coloniale : Discours et imaginaires ; le grand mariage dans tous ses états », juin 2002.

¹⁰⁰ Abeles M., Collart, « Age, pouvoir et sociétés en Afrique Noire », Karthala/PUM, Paris, 1985.

chambre haute (celle des rois du village), pour y être examinées et tranchées¹⁰¹. Le moindre geste déplacé, le moindre écart de langage à l'encontre d'un membre de la chambre haute, est frappé d'une amende payable à l'immédiat, sous peine d'une autre sanction encore plus sévère et plus difficile à acquitter : on peut citer par exemple la révocation, voire la radiation de la liste des fils du village¹⁰².

Il arrive donc un moment où ces fils du village estiment que leur statut est décidément trop encombrant, trop dévalorisant, trop contraignant et où ils vont chercher à l'abandonner.

En effet, suite à ces contestations, on va leur accorder la possibilité de trancher quelques petits litiges de moindre valeur. On va leur attribuer un rôle qui prend la forme de juge de paix, en leur accordant la fonction de conciliateur à la française donc, cette chambre est considérée comme un tribunal d'instance à la française mais avec des différences :

En France, ces tribunaux qui forment une classe unique comprennent un juge ; même si, comme naguère, les jugements sont rendus par un seul magistrat¹⁰³. Il faut noter que ces fils du village n'ont aucun titre leur conférant la qualité de juge.

En France les tribunaux d'instance ont été institués par une ordonnance¹⁰⁴, avec une philosophie bien précise, celle de créer un juge proche des justiciables en esprit autant qu'en géographie et celle de redonner une nouvelle jeunesse au tribunal d'instance, avec la volonté de régler des litiges en conciliateur¹⁰⁵.

En France les juges d'instance sont, des juges reconnus par la loi pour leurs compétences académiques ou/ et par leur professionnalisme.

C'est lorsque ces fils du village sont définitivement assurés des bonnes dispositions des grands notables qu'ils formulent officiellement leur requête en vue de leur passage à la haute chambre. Cette requête se fait solennellement sur la place publique, appuyée par la fourniture

¹⁰¹ Argant A. et J. Aujas, « Notes Historiques et Ethnographiques sur les Comores », Bulletin de l'académie de Malgache, Vol. IX et X, 1911.

¹⁰² Flobert T., « Les Comores : Evolution juridique et socio-économique ». Travaux et Mémoires de la faculté de Droit et Sciences Politiques d'Aix-Marseille, 1976.

¹⁰³ Art. L. 321-4, COJ

¹⁰⁴ L'ordonnance n° 58-1273, en date du 22 décembre 1958.

¹⁰⁵ Rapport HAEHNEL-Artuis, JCP 94.I.3755, obs. Cadet; Gridel, D.1994, chron.29.

d'un certain nombre de cabris, de sacs de riz, le tout accompagné de feuilles de bétel et de tabac spécialement destinés aux rois du village.

B- Une chambre composée de rois du village

15. L'expression wafomamdji est synonyme de wandrou wadzima¹⁰⁶. Elle est à rapprocher du swahili mtru mzima qui signifie « personne âgée ». Au départ donc, le mfomamdji désigne l'adulte, l'homme mûr. Aujourd'hui, ce sens est complètement absent dans l'expression grand-comorienne ; le terme sert désormais à désigner et de façon exclusive l'homme marié selon la coutume et ayant sa place devant la chambre des rois du village.

Pour mériter pleinement ce statut de rois du village, et en tirer tout le profit symbolique et matériel afférent, il faut réaliser non pas un cursus intellectuel ou juridique, mais un certain nombre de prestations qui font à chaque fois s'élever d'un grade leur auteur et le rapproche ainsi du sommet de la hiérarchie au sein même de ladite chambre.

Ainsi, celui qui vient juste de faire le grand mariage accède bien au statut de rois du village, mais à l'échelon le plus bas. Il est appelé alors mnaikofia¹⁰⁷ (petit bonnet), allusion évidente à la petite calotte brodée, que tout Comorien de toute condition, qui se respecte, se doit de porter.

Pour gravir les échelons ouverts au rois du village, il faut s'acquitter d'un certain nombre de repas cérémoniaux dont voici les plus importants :

- Les mbés za haroussi :

Il s'agit de bœufs dont le nombre varie de trois à quinze et que celui qui vient de célébrer le grand mariage abat au profit de son mdji (sa lignée), qui est le seul groupe de référence pour les personnes de ce statut. Après cette première cérémonie le mnaikofia devient mnaikofia banda, littéralement mnaikofia de première classe.

¹⁰⁶ Martin J., « Les notions de clans, nobles, et notables. Leur impact dans la vie politique comorienne d'aujourd'hui », L'Afrique et l'Asie. P. 81-82, 1968.

¹⁰⁷ Le kofia attribut vestimentaire hautement recommandé pour les pratiques religieuses et coutumières, connote l'idée de personne jouissant de toutes les prérogatives d'homme complet, socialement parlant. C'est ce qui explique son usage métonymique comme substitut du mot personne, dans certaines situations.

- Les mbés za karamou :

Il s'agit là aussi d'un abattage de bœufs réalisé à l'occasion du mariage de la première fille née d'un grand mariage. Mais cette prestation suppose expressément qu'à l'occasion de la naissance de cette première fille le mari ait effectivement sacrifié au rite Usiyo. Cette deuxième prestation permet au mnaikofia d'accéder au grade des wabaladjumbé¹⁰⁸ qui relève intégralement du statut des wandrwadzima, avec tous les honneurs et les avantages dus.

- Les mbé za zimaya :

Ce sont des bœufs au nombre de trois ou quatre abattus à l'occasion de la circoncision du premier fils, né du grand mariage. Avec cette prestation l'individu achève son cursus des wandrwadzima et peut frapper à la porte donnant accès au titre prestigieux et honoré de mfomamdji. En effet, l'admission définitive à ce statut désigné également par l'expression mfukara-banda¹⁰⁹ va dépendre de plusieurs facteurs.

Le premier de ces facteurs concerne le faste et le coût (reconnu comme fort élevé) déployés à l'occasion des prestations pour les promotions antérieures. Celui qui par exemple abat vingt bœufs dans une cérémonie, quand trois ou quatre suffisaient, jouit d'une considération et d'un prestige qui accélèrent son admission aux échelons les plus élevés où il occupera une position plus éminente.

La personnalité est aussi un facteur non négligeable qui peut compenser, dans certains cas, l'absence d'éclat particulier dans la réalisation des cérémonies. Celui qui est doué d'éloquence, de détermination, qui fait preuve d'esprit ouvert au dialogue, et qui contribue

¹⁰⁸ En matière d'étymologie, la plus grande prudence s'impose. Toutefois, nous pensons que wabaladjumbé est la forme contractée de wababa wa djumbé « les hommes mûrs du palais ». Dans la tradition, ces derniers sont les auxiliaires des mfukara-banda placés au-dessus d'eux. Cette terminologie confirme le fonctionnement de la chambre haute, une chambre hiérarchisée.

¹⁰⁹ Un ancien député comorien, le regretté Mohamed Dahalani, siégeant à l'Assemblée Nationale française, désignait cette institution parlementaire par la formule mfukara-banda, soulignant par là l'importance éminente de cette institution.

A propos de cette expression mfukara-banda (les sept premiers), on peut noter qu'à Ngazidja, le chiffre 7 est surdéterminé et joue un rôle symbolique indéniable, en rapport sans doute avec l'astrologie. On peut aussi rappeler la formule du serment « ngamlapvo he ze Ngazidja zo mfukaré » (je jure par les sept Ngazidja »

Ce genre de répétition symbolique existe dans d'autres cultures. Dans la grande île toute proche de Madagascar, on parle des douze collines sacrées de l'Imerina, des douze femmes du roi, des douze résidences royales, le chiffre 12 revenant régulièrement dans l'organisation sociale politique et juridique.

par son sens de la concertation à maintenir la paix dans la communauté, celui-là bénéficie de la bienveillance des wafomamdji qui peuvent faciliter sa promotion.

Comme on a pu le constater, pour chaque cérémonie d'accès à la chambre des rois du village, qui est la plus haute juridiction traditionnelle, l'élément qui est toujours mis en évidence ce n'est pas le diplôme, mais le bœuf dont le nombre détermine la quantité d'honneur à laquelle on peut prétendre. Reste à comprendre d'où viennent ces règles.

§2- Juridiction sans règles juridiques : Justice sans juridiction

16. Les règles de droit traditionnelles ne trouvent leurs sources nulle part. Il n'existe pas de Code de droit traditionnel qui fixe les règles applicables dans un tel ou tel domaine. Donc pas de normes bien établies, précises, cohérentes, régissant systématiquement et sûrement les litiges qui opposent aux parties. Cela ne veut pas dire qu'aucune règle n'existe dans ces juridictions là ; elles existent, mais elles ne sont écrites nulle part, et elles sont de pures règles coutumières. Elles sont orales (A), mais attestent d'une force probante (B) au sein de la société comorienne.

A- De l'oralité des décisions

17. Le Mila Na Ntsi¹¹⁰, n'est pas un droit technique et formel avec des sources écrites et des textes adoptés par des organes constitutionnels (des constituants). Il s'agit tout simplement d'un corpus de règles et de références coutumières d'ordre sacré, qui permettent naturellement de maintenir la cohésion sociale entre les groupes et les individus qui en font partie¹¹¹. Le maintien de cette juridiction et de ses règles est aussi la conséquence de la non-adaptation de la plupart des dispositions du code civil du Minhadj at twalibin aux circonstances de lieux et de temps.

L'identification des normes de la tradition du Mila Na Ntsi, pose constamment le problème de la connaissance exacte des règles non codifiées et de la fiabilité des sources d'information éclatées oralement par la mémoire collective, indépendamment du fait que celle-ci soit devenue incontournable. Le contenu exact des règles appliquées par cette

¹¹⁰ Littéralement traduit « tradition et pays » ou « tradition souveraine » ; le Mila Na Ntsi désigne une juridiction locale traditionnelle mais aussi un code d'organisation et de fonctionnement des institutions issues des anciennes chefferies territoriales et anciens sultanats.

¹¹¹ Abdou Djabir, « Le droit comorien entre tradition et modernité », Mamoudzou, éd., Baobas., 2006, p. 23.

juridiction traditionnelle reste inconnu et le pouvoir constituant et le législateur comorien ne leur consacrent aucune disposition officielle. L'on peut se poser même des questions sur la place de ses règles dans la hiérarchie des normes comoriennes. Sur le plan textuel, aucune disposition ne reconnaît une place de cette juridiction et de ses règles dans la hiérarchie des normes. Toutefois en pratique, comme il a été rappelé précédemment, le Mila Na Ntsi joue un rôle très important dans la résolution des conflits. Il peut même bloquer l'exécution des décisions de justice, y compris celles revêtues de la formule exécutoire.

L'ordre social traditionnel légué par les ancêtres est tout à fait caractéristique de la manière dont les anciens présentent la règle de droit et le système de la vie du groupe. Il est fait de prescriptions non écrites, de croyances, de règles contraignantes et de pratiques formelles érigées en références pour guider les actions et les comportements.

Cet ordre normatif ancien est cette juridiction de Mila Na Ntsi. Il s'agit tout simplement d'une juridiction qui se réfère constamment et scrupuleusement aux traditions du territoire du Pays.

Les règles d'organisation issues de ladite juridiction ont été établies de génération en génération par la force de la tradition et des Kanounes¹¹², mais sans que l'on puisse parler de l'action d'une autorité unique ou d'un seul législateur pour l'ensemble de l'Archipel des Comores en dehors de l'ancien colonisateur¹¹³.

Cette organisation met en avant la prépondérance du groupe social ou familial et sa cohésion, reléguant l'individu dans un rôle secondaire. L'individu est subordonné à la hiérarchie sociale et aux intérêts du clan. L'observateur étranger et notamment français, issu d'un pays de droit, s'étonnera sans doute, en constatant dans les rencontres publiques, que la liberté de parole et d'expression n'est admise qu'entre personnes de même classe d'âge.

La première Constitution¹¹⁴ comorienne après l'indépendance tentait de se démarquer de cette juridiction et de ses règles en instituant un Etat laïc et révolutionnaire, mais celle du

¹¹² Règlements communautaires.

¹¹³ VERIN Pierre, « Les Comores », éd., Karthala, Paris, 1995, pp. 96-98.

¹¹⁴ Loi fondamentale du 23 avril 1977.

5 octobre 1978 qui remplace la première après le coup d'Etat du 13 mai 1978¹¹⁵ restaura le pouvoir juridictionnel du Mila Na Ntsi dans toute sa splendeur : discours traditionnels ponctués par des prières publiques, dénonciation de tout ce qui rappelle de près ou de loin le souvenir de la période précédente. En effet, la nouvelle Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001, révisée par la loi référendaire du 17 mai 2009, concilie encore une fois organisation moderne de l'Etat et tradition¹¹⁶.

Compte tenu du caractère informel, non codifié et non précisé de cette loi fondamentale des anciens prononcée dans cette juridiction locale, celle-ci est vécue comme une nébuleuse institutionnelle et non comme un cadre normatif formalisé, sur lequel pourrait s'appuyer une organisation sociale moderne. Cependant, il ne faut pas se méprendre sur son caractère contraignant. Nul ne peut ignorer la force d'inertie de la règle juridique issue du Mila Na Ntsi. Une tentative de méconnaissance de cette juridiction des Anciens peut engendrer des troubles sociaux, déstabiliser le pays et nuire à l'action publique.

L'importance des normes « non-officielles » va de pair avec la faible capacité de l'Etat à produire des règles du jeu acceptées par tous. De nombreux espaces sociaux sont ainsi « abandonnés » : soit parce que le système de normes officielles en est absent, soit parce qu'il n'y a aucune valeur, laissant ainsi la place non à l'anomie mais à d'autres systèmes de normes « de fait », plus ou moins concurrents et toujours « informels », au sens qu'a habituellement ce terme. Une conséquence en est cette sorte de schizophrénie de beaucoup d'acteurs, qui naviguent entre d'un côté un système de règles officielles non appliquées ou non applicables, mais censées au moins être la référence dans les rapports avec l'extérieur, et de l'autre côté des règles « de fait », elles-mêmes diverses.

Les Aînés désignent symboliquement les doyens d'âge investis de l'autorité légitime et du pouvoir de décision. Ils ont vu leur statut et leur rôle social évoluer considérablement, ainsi que leur nom puisqu'il sont désignés à présent, sous le vocabulaire de Wandru Wadzima¹¹⁷. Ce statut social d'homme accompli est acquis après l'accomplissement des

¹¹⁵ Coup d'Etat qui mettra Ahmed Abdallah Abderemae à la présidence des Comores.

¹¹⁶ Article 1^{er} de la loi référendaire du 17 mai 2009 : « ». Le peuple comorien, affirme solennellement sa volonté de puiser dans l'islam, religion d'Etat, l'inspiration permanente des principes et règles qui régissent l'Union et exerçant celle-ci dans la tolérance de la tradition comorienne qui autorise l'exercice libre des cultes non musulmans et permet à tous les croyants de jouir des mêmes droits et des mêmes devoirs

¹¹⁷ Des hommes accomplis. Cette notion désigne les notables de chaque ville qui eux seuls sont autorisés à siéger dans les juridictions locales.

Cette catégorie sociale est placée toujours au sommet de la hiérarchie sociale et au centre du pouvoir de décision. Réunis au sein des organes délibérants permanents, ils disposent d'un pouvoir consultatif et d'un pouvoir normatif. Dans un premiers cas, ces Aînés délibèrent après consultation sur les questions et les événements importants de toute sorte. Dans un deuxième cas, ils peuvent délibérer une fois saisis, pour régler directement des litiges, en appliquant les consignes de la tradition ou les coutumes en vigueur ou en créant de nouvelles règles dont ils sanctionnent eux-mêmes la violation.

Toutes les assemblées délibérantes des Aînés disposent d'un pouvoir d'ordre général, qui leur permet de légiférer en tant que représentants des anciens Mafé¹²⁰ et de la communauté, de créer de nouvelles règles de droit et d'en sanctionner la violation. Dans ces instances, les Aînés sont investis d'un pouvoir coutumier d'ordre général et d'une compétence judiciaire particulière. Ils sont gardiens du respect des normes traditionnelles, qu'ils peuvent confirmer dans le temps, interpréter, modifier et dont ils peuvent sanctionner la violation. A cet égard, ils peuvent se réunir en assemblée de notables pour décider à l'unanimité des sanctions à prendre ou l'adoption de nouvelles règles plus contraignantes et mieux adaptées aux circonstances.

Selon les cas et les circonstances, les assemblées de notables jugent les litiges individuels ou entre les villages et prennent des sanctions pour préserver la paix entre les villages et les rapports de bon voisinage. Leurs décisions jouissent de la légitimité traditionnelle conférée aux Anciens, elles sont mieux adaptées et mieux exécutées que les décisions du tribunal, s'agissant des questions les plus sensibles.

¹¹⁸ Un repas communautaire

¹¹⁹ Sultan Chouzour, Le pouvoir de l'honneur : tradition et contestation en Grande Comore, L'Harmattan, 1994.

¹²⁰ Selon J. Martin : « D'après la tradition, la grande Comore était soumise lors de l'arrivée des Chiraziens à l'autorité de chefs de village connus sous le nom de Mabedja. Cette chefferie était une institution purement africaine. Ces mêmes sources nous indiquent d'ailleurs que les premiers habitants s'étaient donnés pour chefs des Mafé (sing. Fe), titre assez répandu sur la côte orientale de l'Afrique. La tradition orale nous a même livré les noms de la plupart de ces Mafé de la Grande Comore ».

Aussi, les conflits les plus délicats en matière de maîtrise foncière opposant notamment Moroni et Iconi¹²¹, mais aussi les affrontements sanglants entre les communautés villageoises provoqués à Mohéli lors des compétitions sportives, ont été réglés par les conseils des notables siégeant en qualité de tribunaux. L'application de leur décision prise par délibération informelle, c'est-à-dire orale et ne faisant l'objet d'aucun écrit, peut-être limitée à l'échelle d'un village ou de toute une île. Tout dépend de l'objet et de l'ampleur du litige concerné.

Dans les villages et certaines villes, la population fait couramment appel à cette juridiction autre que celle étatique, qui se déroule sous les auspices de l'organisation traditionnelle qu'on appelle Unamza Shimila Na Ntsi¹²². Il s'agit d'une instance informelle de prévention et de régulation de conflits ou de petits délits dont les bases et les références sont à la fois intégrées et respectées, sans pour autant s'inscrire dans une quelconque codification. L'on assiste ces derniers temps à une évolution de ce système vers la résolution des grands conflits, et même les crimes de sang, une façon peut-être de pallier l'absence de l'Etat dans la gestion du quotidien des comoriens. Les tristes événements du Mbwanku¹²³, dans le nord de Ngazidja, sont un exemple éloquent sur les limites de la médiation traditionnelle. Si ce type de juridiction fait aujourd'hui l'objet de critiques à cause de l'absence de règles et de lois susceptibles de fixer les conduites de la population, elle se révèle beaucoup plus proche des préoccupations des populations que ne le sont le Code Napoléon et la sharia, en dépit des moyens mis à leur disposition par l'Etat.

Cependant, force est de constater que si les aspects de prévention peuvent être acceptés pour les impacts sociaux qui en découlent, les jugements opérés ne font pas l'unanimité en raison des anomalies liées à la partialité observée selon la position sociales des adversaires.

En effet, l'on a tendance à dire que la justice « milanatsiste »¹²⁴ obéit à une logique qui fait dire à certains que tout est fait pour protéger les membres des grandes familles dans

¹²¹ Deux grandes villes situées au nord de l'île comorienne de ngazidja.

¹²² Les jugements prononcés selon la tradition des Anciens.

¹²³ Région où eurent lieu des massacres à l'arme blanche en 1996, qui ont fait des milliers de morts, et où l'Etat s'en était remis aux décisions des autorités traditionnelles et notamment la mise en quarantaine du village d'où étaient originaires les assassins. Malheureusement, les victimes devinrent eux-mêmes bourreaux en 2001, en se rendant justice eux-mêmes.

¹²⁴ Reposant sur les juridictions traditionnelles du pays.

le sens où il est notoire que les grandes personnalités ne sont pas condamnables au bangweni¹²⁵. Dans ce cas, l'on ne parle plus de jugement au sens occidental du terme mais plutôt d'arrangement à l'amiable.

En ce qui concerne les procédures, le plaignant s'adresse à un notable qui reçoit la plainte verbale et la transmet à un groupe d'âge qui, à son tour, décide si l'audience doit se dérouler en public ou à huis-clos, selon la nature du délit en question. Au cas où l'objet de la plainte est jugé de moindre importance, un comité restreint de notables tranche en jouant le rôle de médiateurs moyennant une petite pénalité pécuniaire partagée entre le plaignant et les notables impliqués.

La coutume et la jurisprudence semblent à l'heure des nouvelles technologies et de la mondialisation de l'information juridique deux notions bien éloignées. Si la coutume renvoie à des pratiques anciennes souvent difficiles d'accès, la jurisprudence, par sa présence sur les réseaux internet dans de nombreuses bases de données, connaît une diffusion à une grande échelle.

Combiner les deux notions semble délicat alors que la diffusion de la jurisprudence comorienne commence à émerger. L'Europe, l'Asie et le continent américain ont réussi le pari de faire connaître la production juridique de leurs juridictions judiciaires et administratives. Si l'Union des Comores est en retard, ce n'est pas en raison du manque de volonté des magistrats et des juristes comoriens, c'est à cause de notre droit local, ancien et précis, qui n'est pas aussi valorisé que dans les pays de common law. Il est certain que le colonisateur français rejette toute immixtion du traditionnel dans les affaires relevant du judiciaire.

En revanche, entraîné par le phénomène de la mondialisation des échanges, des personnes et des capitaux, le droit s'est internationalisé. Les Comores suivent ce mouvement comme tout le continent africain, et font des efforts considérables pour faire connaître ses textes de loi, sa jurisprudence et sa doctrine. Sans recourir à une approche anthropologique sur les caractères de l'oralité des décisions des chefs coutumiers aux Comores, très largement étudiés dans cette partie, il convient d'ajouter une approche globale sur le continent africain pour mieux appréhender le système.

¹²⁵ Place publique où les décisions sont prises le plus souvent.

La première définition de l'oralité des décisions aux Comores comme en Afrique peut être donnée au regard du développement des « royautes, en tribus et en clans ¹²⁶ ». Dès lors que l'autorité de trancher des litiges est attribuée à un chef, qu'il soit chef de famille, de tribu ou roi, sa décision est qualifiée d'acte juridique. L'ensemble des décisions rendues, qui vont avec le temps devenir prévisibles, peut être qualifié de jurisprudence.

Si nous avons l'image en France, de Saint Louis rendant la justice sous un chêne, figure titulaire du premier juge « de cassation », car ses décisions étaient rendues sans voie de recours possible, le chef coutumier comorien comme africain doit être respecté et appréhendé sans a priori. L'analogie vaut également pour la justice de l'Ancien Régime caractérisée par la présence du seigneur, véritable « chef » sur son domaine.

Droit non écrit et transmis oralement, l'accumulation de principes propres à un groupe restreint d'individus va créer une série de normes qui vont s'appliquer de la même manière que sous les formes que connaissent les juristes français ou européen. La structure juridique de la société comorienne telle que nous la connaissons n'est pas si différentes des structures de droit écrit de notre homologue français, Nous partageons dans notre pays de valeurs juridiques universelles le besoin de disposer de normes, qu'elles soient écrites ou non, structures indispensables à l'Etat de droit. Curieux est de voir que, quelque soit l'origine traditionnelle et non formelle de ces règles traditionnelles, elles ont quand bien même une force exécutoire incontestable.

B- De leur force exécutoire

18. Le justiciable qui saisit une juridiction n'attend pas seulement du jugement qu'il dise le droit, mais aussi qu'il soit appliqué. La Cour Européenne des Droits de l'Homme souligne, dans sa jurisprudence « Hornsby », que le droit au juge garanti par l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en matière de droits et obligations à caractère civil, serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat permettait à une décision juridictionnelle de demeurer inexécutée, créant ainsi une situation incompatible avec le principe de prééminence du droit. En conséquence, la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère que l'exécution des décisions de toutes les juridictions est un élément de

¹²⁶ Voir la contribution de Monsieur Jacques Mayaba, président de la chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin,

Trois articles du code de procédure civile français confirment le caractère exécutoire des décisions de justice : l'article 500 de ce code affirme que « A force de chose jugée le jugement *qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution*. Le jugement *susceptible d'un tel recours requiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai* »¹²⁷.

L'article 501 de ce même code précise les conditions dans lesquelles un jugement peut être qualifié d'exécutoire et c'est « à partir du moment où il passe en force de chose jugée à *moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire* ».

Pour être exécutoire, le jugement doit être revêtu de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement¹²⁸.

L'exécution des décisions de justice aux Comores pose problème. Commençons par l'affaire dite « Attoumane Toybou contre Moustadji » jugée en 1999 par le Tribunal de première instance de Fomboni Mohéli et par la cour d'appel de Moroni. Cette affaire est une illustration des difficultés rencontrées par les juges étatiques comoriens d'inspiration française dans l'exécution des décisions de justice. Ces difficultés sont liées entre autres, à l'imbrication systématique des forces sociales dans le système judiciaire comorien.

M. Attoumane Toybou est originaire du village de Miringoni. Il s'était marié à Nyoumachouoi où il avait eu deux enfants. Il y avait acquis un terrain de trois hectares appartenant à M. Warot, une famille créole. Les habitants de Nyoumachouoi dont Moustadji et consorts, auraient conclu un arrangement, pour chasser M. Toybou non natif du village et prendre possession du terrain vendu, aussitôt après le décès du vendeur. M. Atoumane Toybou est chassé du village de Nyoumachouoi, laissant derrière lui, sa femme et ses enfants, et un terrain dont les plantations ont été détruites.

¹²⁷ TGI, Paris, 15 mai 1990 : D. 1990. 553, note Santa-Croce. Et Paris, 20 janvier 2000 : D. 2000. IR. 101, note Perrot.

¹²⁸ Civ. 2^e, 15 juillet 1959 : D. 1960. Somm. 32. Et Paris, 5 nov. 1958 : JCP 1958. RTD civ. 1959 ; 159, obs. Raynaud.

La victime a porté plainte devant le tribunal qui condamne M. Moustadji à un an de prison ferme et au paiement de 150 000FC (300 euros) de dommages et intérêts. La décision est confirmée par la cour d'appel de Moroni, mais son exécution devient l'affaire du village¹²⁹.

Les villageois n'entendaient pas laisser un natif du village en prison, sous prétexte qu'il avait chassé un étranger qui n'avait pas su respecter les lois matrilocales de l'hospitalité.

Après de longues négociations entre le gouverneur de Mohéli et le Procureur de la République sous la pression de la notabilité, il est convenu de libérer M. Moustadji, à la condition que ce dernier demande pardon publiquement à la victime, et que celui-ci soit autorisée à revenir à Nyomachouoi pour retrouver son épouse, ses enfants et ses biens. La réconciliation est publiquement scellée par un accord solennel entre la victime, le prévenu et le village de Nyomachouoi, sous le sceau du gouverneur, de la notabilité, du principal leader politique de Mwali, du Procureur de la République et du cadi.

L'accord intervenu devait préciser que seuls les enfants et la femme de la victime pouvaient, en tant qu'héritiers, entrer en possession du terrain qui est régulièrement enregistré au service des domaines. M. Toybou pouvait retrouver sa femme et ses enfants, avec la promesse que le village allait le dédommager de 500 000FC pour destruction de cultures. Bien qu'il refuse ce dédommagement, M. Toybou se réconcilie avec ses adversaires, sous la protection non pas de la loi, mais des principaux réseaux d'autorité¹³⁰.

L'on peut de ce fait noter la distance qui sépare la décision de justice de la solution retenue comme acceptable.

Quand le village s'affirme comme entité souveraine, décidant de la force de ses coutumes, de la destination de « *ses parcelles agricoles ou d'habitation* », de « sa forêt », de « ses plages », de « ses côtes », de « ses zones de pêche » et de ses réserves de pacage, il y a

¹²⁹ Voir affaire similaire dite « le village de Chomoni c/ le village de Mtsamdou » en 2009 tous les deux de la région de Oichili au sud des Comores. Il s'agissait d'une affaire d'électrification du village de Chomoni où le village de Mtsamdou s'opposait. L'affaire est passée devant la justice étatique et le village de Chomoni a eu gain de cause. La décision a eu autorité de chose jugée en dernier ressort mais le village de Mtsamdou rejette toute exécution de cette décision. Il a été nécessaire de faire recours au mila na ntsi c'est ce dernier qui tranche le problème.

¹³⁰ Guy P., « Une coutume comorienne : Le Magnahuli », Recueil Penant. N° 540, 1946.

peu de place pour la puissance publique. Les moindres conflits sont, pour les villageois, l'occasion de prouver qui, de l'Etat ou du village, détient les véritables ressorts de l'ordre et de la souveraineté¹³¹.

Un étranger (celui qui n'est pas né dans le village) et qui y entre par le truchement du mariage dans une famille, ne doit pas oublier la règle matrilocale et uxorilocale¹³² qui fait de lui un invité de passage. La maison qu'il aura construite et le terrain qu'il aura acquis appartiennent à la femme et aux enfants, conformément à la tradition souveraine du Mila Na Ntsi et ses coutumes du Âda na mila. Si, dans le futur, il répudie sa femme, il devra partir seul sans enfants, et sans patrimoine. Sa nouvelle épouse ainsi que les enfants issus de sa nouvelle alliance, n'auront aucun droit sur le patrimoine acquis dans le premier mariage. Ce mariage donne naissance à une coutume particulière appelée le anda.

Section II : La particularité de la coutume du anda ou de la coutume bangwenienne

19. Avant d'examiner le rôle de cette coutume traditionnelle et de proposer une solution qui tiendra compte des évolutions sociales, on expose brièvement cette coutume dite autrement « coutume bangwenienne ».

Etymologiquement, le terme « bangwenienne », est l'adjectif dérivé du nom « bangwé ».

Le bangwé est littérairement la place publique qui se trouve habituellement au centre de la ville ou du village est réservée aux hommes quel que soit leur âge. Il est un lieu de développement social, politique où on retrouve des jeux de société, de rencontre et surtout de jugements relatifs aux affaires au sein de la société. Cet endroit se présente également comme le lieu des cérémonies religieuses ou sociales¹³³, dirigé par les notables de la ville. C'est aussi un lieu initiatique où les hommes et seuls les hommes se retrouvent pour discuter, régler les contentieux et déterminer des nouvelles mesures.

¹³¹ Voire Lafon M., « Paroles et discours d'Ali Soilihi, Président des Comores (1975-1978), Paris, CEROI-INALCO.

Coll., « Travaux § Documents », 1990.

¹³² Guy P., « Trois études sur une immobilisation foncière en faveur des femmes de la lignée maternelle à la Grande Comore ou Magnahuli », Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Droit et de Jurisprudence, 1942.

¹³³ Les mariages, les ordalies. Voir SAENDI HACHIMO. « Bangwé, La place et le rôle des associations dans la société comorienne d'aujourd'hui », Moroni, PDLC, 2005, p. 189.

Dans cette section, on va étudier en premier lieu les spécificités de la coutume du anda (§1) avant d'étudier sa cohabitation avec le système moderne français (§2)

§1- Les spécificités de la coutume du Anda et la culture du bangwé

20. Deux points essentiels méritent d'être illustrés ici, tout d'abord la question de la culture du bangwé (A) qui est spécifique aux Comores, et qui peut être assimilée dans l'acception moderne à une sorte de juridiction, avant d'aborder la question de l'empiètement du anda dans le champ du droit musulman et étatique et les modes de désignation des gens de ladite juridiction (B).

A- La question de la culture du bangwé

21. Principalement, le bangwé est donc la place de référence où l'on parle des questions relatives à la vie communautaire. Ces questions doivent trouver leurs réponses dans les réunions organisées publiquement. Notables et Olémas engagent l'avenir de tous leurs citoyens. Leurs décisions revêtent l'autorité de la chose jugée sans possibilité de recours. Le plus souvent, il sert d'instruction, de médiation ou de contrôle. C'est ici que toutes les décisions des plus importantes aux moins importantes sont prises, bien sûr publiquement¹³⁴.

Premièrement, la justice bangwenienne, a pour fonction la médiation et le contrôle. La médiation est entendue comme un levier de préservation de l'entente au sein du groupe. Dans l'ensemble de la production doctrinale française contemporaine relative aux modes de traitement des conflits, il est devenu très banal de relever que l'évolution récente, tant des pratiques que des dispositifs juridiques, s'est inspirée d'un courant venu d'outre-atlantique, ayant progressivement gagné l'ensemble des pays européens. Le propos se centre essentiellement sur le développement et le succès des modes alternatifs de résolutions des conflits¹³⁵. Ainsi, on retrouve deux pouvoirs accordés aux hommes dits « accomplis¹³⁶ ».

¹³⁴ Il faut noter aussi que des décisions un peu spécifiques, sont prises à huis clos, soit dans une mosquée, soit dans une place discrète, soit dans une maison d'un notable, le plus souvent dans la maison du chef du village.

¹³⁵ Sur l'ensemble de la question, Cf. « Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ? » Recherches effectuées avec le soutien du GIP Mission de recherche droit et justice, sous la direction de MARIE-CLAIRE RIVIER, CERCRID, in Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française, 2001. – Voir aussi J. NORMAND, « Clôture sur la médiation », in Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Alternatives à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives, LITEC, Pratique professionnelle, sous la direction de L. CADIET, 2005, p. 197.

¹³⁶ Les hommes accomplis sont appelés en comorien de « wandrwa dzima », ce sont les doyens des villages qui ont accompli le grand mariage « le anda » conformément aux principes ancestraux du anda na mila.

D'une part, un pouvoir consultatif et d'autre part, un pouvoir coercitif. Les aînés jouent le rôle de médiateur dans toutes questions sociales relevant de la coutume. Il en est de même des questions d'ordre familiales, religieuses et celles liées au respect de certaines normes.

Enfin, les doyens interviennent pour tout acte enfreignant le droit coutumier, allant du foncier au familial en passant par le trouble de voisinage. Le bangwé peut être amené à juger également l'ensemble des infractions de nature à porter atteinte à l'honneur. De là interviennent les abus sexuels par exemple, les questions des enfants naturels ou adultérins, etc. Le jugement se fait suivant une procédure qu'on appelle de « Procédure traditionnelle », qui peut se résumer comme suit :

- Une tentative de conciliation ;
- En cas d'échec, le défendeur requiert une compensation forfaitaire¹³⁷ à régulariser dans les plus brefs délais.

En cas d'infractions plus lourdes, le conseil des notables se réunit pour sanctionner le coupable. Cette sanction d'ordre moral peut toucher également le groupe familial auquel il appartient¹³⁸.

A travers ces deux rôles, on constate que la justice bangwenienne a un rôle très important et significatif dans l'ensemble de l'archipel puisqu'elle permettait d'instaurer la peur, la crainte au sein du groupe. Traditionnellement et avant l'évolution des mentalités, la justice bangwenienne avait des sanctions plus lourdes comme le bannissement¹³⁹. Cette catégorie de sanction pesait sur le coupable mais aussi sur le groupe auquel il appartient. Sanction d'ordre moral avec des conséquences lourdes, le coupable avait peur de transgresser une loi pour ne pas payer une somme ou pour ne pas être exclu du groupe. Cette justice est très bien

¹³⁷ Cette amende forfaitaire s'appelle « mawou », elle est fixé par les rois du village, qui sont les hommes accomplis.

¹³⁸ Le principe de personnalisation des peines n'ayant pas sa place dans la tradition comorienne, le coupable et sa famille se voit condamnés pour les faits commis par un des membres de la famille. On peut dire que toutes les infractions commises par un membre de la famille, acquiert la qualification de quasi-délits et frappent toute une famille, même si celle-ci est présumée innocente sur le plan pénal.

¹³⁹ Le bannissement synonyme d'excommunication, est une sanction d'ordre coutumier qui se présente comme un moyen de coercition dont disposent les Rois du village. Il consiste à exclure la personne coupable voire même la personne présumée coupable, de la présence et de la participation à toute activité de quelque nature que ce soit de la cité.

appréciée par la population comorienne puisqu'elle est vue comme la mieux équitable par rapport à la justice moderne. Mais notre interrogation porte sur le maintien ou la disparition d'une telle instance.

A croire de nombreux intellectuels comoriens¹⁴⁰, la justice bangwenienne, gratuite traite équitablement les citoyens. La justice moderne par contre, paraît plus onéreuse et de surcroît contraignante, lente et lourde. Ce qui ne permet pas aux citoyens lambda démunis d'y accéder. Cette justice à la portée de toute personne présente néanmoins des limites surtout dans le domaine du respect des règles procédurales.

Ayant toutes ses forces, le *anda* met les règles de droit musulmanes et de droit étatiques au plus bas de la hiérarchie, une pyramide expliquée par les modes de désignations des gens de ladite juridiction.

B- L'empiètement du *anda* dans le champs du droit musulman et étatique et les modes de désignation des gens de ladite juridiction

22. L'empiètement est un mécanisme qui consiste pour un principe directeur à pénétrer dans le domaine de prédilection du principe qui lui est opposé. Progressivement, sans que cela ne produise une confrontation directe, un principe perd du terrain au profit d'un autre. Ce mouvement peut se doubler d'un phénomène d'interpénétration qui conduit chacun des principes opposés à s'introduire dans le domaine de l'autre.

Certaines coutumes du pays ont une spécificité tout à fait marquante. Il s'agit de coutumes préislamiques dont les règles sont déroatoires aux dispositions de la loi musulmane qui puise ses règles du code civil du *Minhadj at twalibin* et ses commentaires, ainsi qu'au droit français qui puise ses sources du Code Napoléonien de 1804. Ces dérogations, on les trouve souvent dans le domaine foncier : c'est bien le cas de la coutume matrilocale concernant la fixation de la résidence des époux, et du *magnahuli*¹⁴¹ de Ngazidja dont les règles sont consacrées par le droit applicable et plus particulièrement par la loi du 30 décembre 1992 sur le fonctionnement des juridictions.

¹⁴⁰ Mohamed Touhir, Said Yassine, Mohamed Ali Mhoma Soumayil.

¹⁴¹ Cette notion désigne le droit des successions. Voir Claude Wanquet « Loi et Coutume en Grande Comore » *Mélanges*, Université de la Réunion, 2000, P. 347-358. – Mas. J. « La loi des femmes et la loi de Dieu, *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, 1980, P. 103- 126.

L'on constate que les coutumes comoriennes viennent reverser quelques règles issues du droit musulman et du droit français. Dans l'esprit du droit musulman tel que prévu par le minhadj at twalibin et ses commentaires, la femme mariée doit quitter la maison parentale et rejoindre le domicile de son mari où elle doit vivre avec ses enfants. Dans le cas des Comores, une coutume matrilineaire prescrit le contraire. La résidence des époux est établie selon des règles matrilocaes¹⁴² et uxorilcales¹⁴³.

L'homme peut quitter pour plusieurs raisons le clan de sa famille et intégrer notamment par mariage la famille de sa conjointe. Celle-ci n'abandonne pas le foyer parental. Elle y est rejointe par son époux, conformément à la coutume uxorilocale. Ainsi, les parents arrivés en âge avancé et donc incapables de subvenir à leurs besoins élémentaires, trouveront refuge auprès de leur fille mariée et installée à proximité de la maison parentale.

Cette règle précise de droit coutumier en vigueur dans l'ensemble des quatre îles de l'Archipel des Comores, impose au père de mettre dorénavant à la disposition de sa fille avant le mariage et en compensation de la dot versée par le mari, une maison qui servira de domicile conjugal aux époux.

Les parents de la mariée mettront éventuellement à la disposition de celle-ci, un terrain qu'exploitera l'époux pour la subsistance de la famille, et qui fera partie des biens que le mari trouvera en possession de sa conjointe. Cette règle est bien confirmée plus tard par une étude réalisée en 1962 à Ndzouani, par M. Robineau et ce, dans les termes suivants : « jamais les hommes ne reçoivent de maison en héritage. C'est la jeune fille qui hérite de la maison, laquelle servira de domicile conjugal pour les futurs époux ¹⁴⁴ ». Ainsi, le mari vient habiter chez son épouse et peut avoir d'autres foyers conjugaux s'il décide d'épouser d'autres femmes, ce qui est tout à fait légal, c'est-à-dire permis par la loi coranique.

Certains juristes qui ont d'ailleurs étudié le droit comorien, comme l'honorable Paul Guy, ont vu dans cette coutume uxorilocale et contraire à la tradition arabo-musulmane, des garanties de sécurité pour la femme comorienne, constamment menacée par la répudiation, c'est-à-dire la rupture du lien du mariage par décision unilatérale du mari.

¹⁴² Les enfants résident chez leur mère.

¹⁴³ La femme accueille son époux sous son toit, lequel servira de résidence matrimoniale aux conjoints.

¹⁴⁴ Robineau. C., « Approche sociologique des Comores. ORSTOM, Paris, 1962.

En cas de divorce, le mari quitte la femme, la maison et le terrain de culture sur lesquels il ne dispose d'aucun droit de propriété ou de copropriété. D'autant que les époux sont placés sous le régime juridique de la séparation des biens¹⁴⁵, chacun pouvant garder et gérer de façon indépendante les biens acquis au cours du mariage. De la sorte, l'épouse répudiée et abandonnée, peut garder tout au moins son toit, sa parcelle de terrain, sa dot, ses bijoux et ses enfants, ainsi que la protection bienveillante de son clan matrilineaire, en attendant le prochain mariage ou le retour improbable de l'époux partant.

La coutume de la résidence matrilocale et uxorilocale est encore très appliquée dans les zones rurales où les jeunes époux tirent leurs revenus des activités agricoles. Dans les régions urbaines, elle a subi profondément les contrecoups des transformations économiques et des mentalités.

En effet, de plus en plus de jeunes couples ayant réussi les études et trouvé un emploi salarié, ont des revenus provenant du travail de deux conjoints. Ces derniers apprennent à les gérer en commun, à faire des économies pour acheter un terrain et construire la maison commune qui sert de résidence aux époux, et qui sera intégrée dans le patrimoine issu du mariage.

Ce patrimoine peut s'agrandir en terrain de culture, en bétail, en voiture ou camion, en magasin, en fonds de commerce, etc. Il est alors géré par les époux de fait et non de droit, comme une communauté de biens au profit de la descendance, en contradiction avec le régime légal de la séparation de biens prescrite par la législation coranique.

Ici comme dans bien d'autres cas, les dispositions du droit musulman, régissant le statut personnel et les droits de la famille, sont déconnectés de la réalité vécue.

¹⁴⁵ Code civil, Art. 220-1, 302,305, 1396, 1441, et S., 147, 1542, 1569, 1572, 1580, 2425.- Code de procédure civile, Art., 1291,1292, 1296.

Aynès L. et Malaurie P., Droit civil : les régimes matrimoniaux, 3^e éd., Defrénois, - Droit civil, 2010.

Colomer A. , Droit civil- régimes matrimoniaux, 10^e éd., Litec, 2000.

Champion J., Contrats de mariage et régimes matrimoniaux, 8^e ed., J. Delmas, 1989.

Malaurie P. Cours de droit civil- les régimes matrimoniaux, éd. Cujas, 1988.

Il existe aux Comores deux régimes juridiques bien distincts concernant la propriété des biens et leur mode d'acquisition ou de succession. Le mode d'héritage coranique est théoriquement le régime de droit commun. Or ce régime, consacre le principe discriminatoire mais légal, selon lequel un homme hérite le double de la part d'une femme. Les enfants naturels nés hors mariage, n'héritent que de leur mère. Etant issus de rapports sexuels prohibés, ils n'ont pas droit à l'héritage légitime par mariage. Or en droit français, « *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* ».

La contradiction n'est pas négligeable sur cette question de l'enfant naturel. Aux Comores cet enfant porte toujours le nom de son père bien que les rapports qui l'aient mis au monde soient des rapports prohibés, c'est-à-dire hors mariage. Or, selon le droit musulman, à partir de l'instant où le père reconnaît l'enfant, cet enfant est considéré comme issu des relations légitimes donc, peut bénéficier des mêmes droits et mêmes devoirs que les autres.

La brutalité de ce mode de succession discriminatoire entre les sexes, mis en place par ces juridictions issues de la coutume du Anda, est atténuée par les pratiques matrilocales et les réalités quotidiennes, dont la prise en compte permet d'arriver à plus de bon sens et d'équité.

Dans bien des cas, les parents fixent la répartition de l'héritage sur la base des principes d'équité, en prenant en compte la vulnérabilité économique et sociale des femmes.

En principe, les filles reçoivent en héritage le patrimoine immobilier tandis que les garçons héritent de biens meubles. Ce critère n'est pas précis puisque seules les filles héritent des bijoux de la famille, tandis que les garçons peuvent hériter des parcelles de terrain. A préciser qu'aucune règle juridique ou judiciaire ne prévoit ces règles de répartition de la succession.

Revenons sur la question des modes de désignation des membres de ladite juridiction. Pour être claire, il ne s'agit pas ici de faire une description de la coutume du Anda dans son aspect social. Il s'agit ici de faire une analyse rigoureuse du Anda dans un prisme juridique. Ça nous amène à faire une comparaison entre les Comores et les démocraties occidentales et notamment la France.

Dans les démocraties occidentales et dans toutes les justices démocratiques modernes par exemple la France ; la qualité de juge est acquise après un long cursus académique juridique. Le fonctionnement des tribunaux nécessite que l'on fasse appel à un personnel important et spécialisé¹⁴⁶. Les gens de droit sont des grandes personnalités formées dans des Universités spécialisées en matière de droit. Ils sont issus la plupart de temps, des facultés de droit et en particulier des facultés de sciences politiques après validation d'acquis.

La statut de juge se fait par recrutement par voie d'ordonnance¹⁴⁷. Un juge est recruté soit par la voie de l'Ecole nationale de la magistrature et le statut d'auditeurs de justice, soit par intégration directe dans le corps.

Dans la tradition comorienne, la qualité de juge traditionnel est acquise après l'accomplissement de quelques coutumes ancestrales. Toute personne ayant acquitté ses obligations coutumières se voit sans condition de nomination préalable attribuer la qualité de juge traditionnel. Le mariage traditionnel comorien est l'un des grandes coutumes qui font acquérir la qualité de juge.

Il est temps que l'Etat engage des réformes nécessaires pour faire en sorte que le pays ne soit déstabilisé juridiquement par l'existence de deux ordres juridictionnels traditionnels mettant en péril le service public de la justice.

Quand le système de régulation de litige issu du droit moderne étatique d'inspiration française, ne trouve à s'appliquer que dans le domaine où les règles coutumières ne s'y intéressent, la conséquence directe est d'essayer de concilier les deux.

§2 : La cohabitation de la coutume du anda avec le système moderne français

23. Cette cohabitation entre coutume et système moderne est le fruit d'une forte courtoisie entre tradition et modernité (A), elle est aussi universelle entre la France et l'Afrique occidentale (B)

¹⁴⁶ H. Croze, in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 49. D. Soulez-Larivière, "Vers une société de nouveaux clercs", in *Mélanges Bellet*, Dalloz, 1991, p. 483.

¹⁴⁷ En France, voir ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

A- Cohabitation entre coutume et système moderne : fruit d'une forte courtoisie entre tradition et modernité

24. Au lendemain de la codification napoléonienne, ce n'est pas en France mais en Allemagne que le conflit entre la loi et la coutume a été porté pour la première fois sur le terrain doctrinal, dans le cadre de la célèbre dispute qui opposa Savigny à son collègue Thibaut. Dans son manifeste de 1814, aux accents antinapoléoniens, Savigny reprochait aux rédacteurs du Code civil d'avoir construit une œuvre abstraite et désincarnée, une architecture de légalité purement rationaliste, et d'avoir ainsi coupé le droit français de ses racines vivantes : les coutumes et la *ratio scripta*, c'est-à-dire le droit romain. Il leur faisait grief aussi d'avoir fermé le droit dans la loi, entendu comme un pur commandement détaché de tout autre causalité que la volonté du législateur et présidait, de ce fait, la mort de toute science juridique en France¹⁴⁸. Quand on lit attentivement le discours préliminaire de Portalis on se persuade que les rédacteurs du Code civil français n'ont pas cédé au vertige de la table rase : « *Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par rapport aux autres sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Notre objet a été de lier les mœurs aux lois* ¹⁴⁹ ».

Cette doctrine va encore plus loin : la codification n'a pas tari la production coutumière du droit. Toullier, professeur à Rennes l'a enseigné expressément : « *l'usage ou la coutume a beaucoup de force, soit pour interpréter la loi, soit pour ajouter à ses dispositions, soit pour les corriger et les abroger* ¹⁵⁰ ». L'opinion de ces auteurs sur la jurisprudence est très voisine. Pour eux le droit ne se réduit pas à la loi¹⁵¹.

¹⁴⁸ SAVIGNY F. K. von, *Wom beruf unsrer zeit für Gesetzgebubg und Recht-swissenschaft*, Heidelberg, 1^{ère} édition 1814. Sur la controverse Savigny – Thibaut la littérature en langue allemande est très abondante, voir une des publications les plus récentes : Hattenhauer H. *Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften*, München, 1973. En français voir Krystufek Z. « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique de droit français et étranger*, 1966, IV, p. 59-75.

¹⁴⁹ PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844.

¹⁵⁰ TOULLIER C., « Le Code civil français suivant l'ordre du Code, 5^{ème} édition, Paris, 1830, t. 1, p. 2.

¹⁵¹ Voir « La Coutume et la loi », *Etudes d'un conflit*, Presses Universitaires de Lyon, 1986, sous la direction de CLAUDE JOURNES, Professeur émérite à l'Université Lumière de Lyon2.

Avant la colonisation, les pays africains étaient organisés en royaumes, en tribus ou en clans¹⁵². Les cultures de ces peuples, caractérisées par une multitude de langues, de coutumes et de traditions très variées, étaient essentiellement orales. La justice, facteur de paix sociale, occupait une place importante. Les litiges se réglaient soit au sein des familles devant le chef de famille ou de collectivité, soit devant le chef de tribu ou devant le roi¹⁵³.

Avec la colonisation française en Afrique et notamment aux Comores, s'est posé le problème juridique de la coexistence d'une population autochtone vivant selon des coutumes et cultures variées, et d'une minorité d'origine européenne fortement française ayant conservé ses mœurs régies par des lois inspirées du droit romain et du christianisme¹⁵⁴. Force est de constater que les Comores nonobstant son attachement à sa tradition et à ses coutumes, reconnaissent la diversité et le principe de personnalité des lois¹⁵⁵.

Pour permettre à ces communautés françaises et comoriennes de cohabiter dans le respect de leurs modes de vie respectifs, il s'est imposé en droit privé la création de deux ordres juridiques distincts¹⁵⁶ : l'un calqué sur le droit métropolitain, ou droit français, et l'autre sur les coutumes. Deux catégories de juridictions ont alors été instituées pour connaître des litiges ressortissant de l'un ou de l'autre de ces systèmes juridiques. Il s'agit de juridictions de droit local et celle de droit commun. Les premières étant compétentes pour appliquer le droit spécial ou droit coutumier à ces autochtones qui ont conservé leur statut particulier à base coutumière ; et les secondes, de droit français, appelées à connaître de toutes les affaires qui ne relèvent pas du droit spécial coutumier et qui concernent ceux qui ont la nationalité française ou possédant un statut justifiant l'application du droit français.

Afin de mieux appréhender la gestion des deux ordres juridiques durant cette période, il est utile de référer à la période coloniale. A cet égard, il convient de noter la sous-période

¹⁵² Charles Ntampaka, Introduction aux systèmes juridiques africains, Presse universitaires de Namur, n° 26, coll. « Travaux de la faculté de droit de Namur », 2005, p. 9 et suiv.

¹⁵³ Sohier Jean, « Prépertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumière du Congo et du Rwanda-Burundi jusqu'en 1953, Bruxelles, Larcier, 1957.

¹⁵⁴ Urban Yerri, L'indigène dans le droit colonial français, 1865-1955, Paris, LGDJ, 2011. – Bernard Durand (dir.), La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale, Montpellier, 2001. – Maïté Lesné-Ferret, « L'organisation de la justice coloniale : les décrets de 1897 à 1937 ».

¹⁵⁵ Personnalité des lois : principes selon lequel, plusieurs lois sont susceptibles d'être appliquées sur un même territoire en raison de la coexistence de plusieurs ethnies différentes.

¹⁵⁶ Camille Kuyu, « Introduction », in Camille Kuyu (dir.), à la recherche du droit africain du XXI^e siècle, p. 15. 16.

régié par le décret organique du 3 décembre 1931. Ce décret organique organise la justice locale en Afrique occidentale française. Il est complété par des textes connexes et des circulaires d'application. En ce qui concerne les juridictions de droit commun, c'est la législation française qui s'applique. On peut citer le Recueil annoté des textes de procédure civile et commerciale applicables en Afrique française du magistrat de la France d'outre-mer, au nom de Gaston-Jean Bouvenet¹⁵⁷.

Quelques observations s'imposent sur ce décret organique. Aux termes de l'article 1^{er} alinéa 1 dudit décret : « *Sur toute l'étendue des territoires relevant du gouvernement général de l'Afrique occidentale française, la justice est rendue aux citoyens de statut personnel particulier, tels qu'ils sont définis à l'article suivant, par des juridictions de droit local qui sont : des tribunaux du premier degré, des tribunaux coutumiers, des tribunaux supérieurs de droit local et une chambre de la Cour d'appel de l'Afrique occidentale qui reçoit le nom de chambre d'annulation* ».

A cette disposition, il faut ajouter celle de l'article 5 du décret qui édicte : « Le chef de village ou le notable du village, du quartier ou du groupe de tentes, désigné à cet effet par la coutume, est investi, en matière civile et commerciale, du pouvoir de concilier les parties ».

S'agissant de la compétence personnelle, les juridictions locales ne peuvent en principe connaître que des procès dans lesquels les parties sont exclusivement des personnes de statut civil particulier. Cependant, selon l'article 7 du décret, « Les citoyens de statut civil particulier peuvent choisir de porter leur litige devant une juridiction de droit commun ». De même, les litiges nés entre personnes de statut de droit commun et personnes de statut particulier peuvent être portés devant les juridictions de droit local avec application du droit coutumier aux termes de l'article 8 du décret organique. Dans les deux cas, il suffira que les parties conviennent de cela par écrit. Comme on peut le constater, dans la fixation des compétences de chaque juridiction, il est offert aux parties la possibilité de porter leur différend devant une juridiction de droit commun ou de droit local. Se pose ici le problème de désignation de juridictions en cas de conflits de juridictions.

Il peut arriver que sur une question donnée, la coutume soit muette ; le juge dans ce cas applique le droit français comme raison écrite. René Pautrat, magistrat de la France d'outre-

¹⁵⁷ Gaston-Jean Bouvenet, Recueil annoté des textes de procédure civile et commerciale applicables en Afrique occidentale française, Paris, Editions de l'Union française, 1954.

mer et auteur de l'ouvrage « La justice locale et la justice musulmane en Afrique occidentale française » déclare : « Les juridictions de droit local font un usage fréquent du droit français à titre *supplétif, soit en l'absence de toute disposition coutumière, soit pour interpréter les règles du droit local*¹⁵⁸ ».

Léopold Sédar Senghor a un jour affirmé la possibilité d'une forte cohabitation universelle entre la France et l'Afrique en déclarant « *L'Afrique est reliée à la France par le cordon ombilical* ». Cela montre que même la coutume africaine peut aller de paire avec la modernité française. Cette citation à valeur universelle trouve à s'appliquer aussi dans le domaine juridico-judiciaire.

B- Cohabitation entre coutume et modernité : universalité entre la France et l'Afrique occidentale

25. Ce phénomène d'universalisation du droit ne concerne justement pas que les Comores, le phénomène est universel en Afrique. On peut prendre par exemple le cas du Bénin : pendant longtemps, le juge béninois s'est accommodé tant bien que mal du dualisme juridique béninois. Avec l'évolution accélérée des mœurs et des coutumes au contact des civilisations¹⁵⁹, on se demande aujourd'hui si le maintien des deux ordres juridiques se justifie encore. L'unification des deux ordres juridiques ne s'impose-t-elle pas ?

A l'époque coloniale déjà, René Pautrat écrivait à juste titre : « La création de cadres administratifs modernes, la dissociation du droit public et du droit privé, du droit civil et du *droit pénal, l'affaiblissement des chefferies traditionnelles dû, en particulier, à l'égalité légale de tous en droit public et pénal, l'évolution économique et le développement de la propriété individuelle* ont profondément altéré les bases des coutumes ancestrales. Les modifications de la structure politique, économique relatives aux institutions de droit privé¹⁶⁰ ».

¹⁵⁸ René Pautrat, « La justice locale et la justice musulmane en Afrique occidentale française », Rufisque, Imprimerie du Haut Commissariat de la République en Afrique occidentale française, 1957.

¹⁵⁹ Sur cette question, voir les actes des deux séminaires de travail OIF-GRECCAP sur la diversité juridique : Fabrice Hourquebie (dir.), la diversité juridique dans l'espace francophone, Relevé de conclusions du séminaire de travail, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2009 ; délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme, Promouvoir la diversité des cultures juridiques, Paris, Organisation Internationale de la Francophonie, novembre 2011.

¹⁶⁰ René Pautrat, op. cit.

Il n'y a donc pas de doute que depuis ce temps jusqu'à ce jour, les sociétés africaines ont connu une profonde mutation sur tous les plans, en particulier des mœurs et des coutumes¹⁶¹. Avec la mondialisation, l'universalité des principes et des valeurs s'impose à nos sociétés malgré leur désir légitime de conserver leur identité culturelle. Ce désir se retrouve dans toutes les Constitutions des pays africains ; on peut citer ici la Constitution béninoise qui édicte en son article 11 : « Toutes les communautés composant la nation béninoise jouissent *de la liberté d'utiliser leurs langues parlées et écrites et de développer leur propre culture* tout en respectant celle des autres¹⁶² ».

Le dualisme juridique crée au Bénin deux catégories de citoyens qui pourtant sont tous égaux devant la loi¹⁶³. Le législateur, tenant compte de cette évolution marquée par la mondialisation, a voté la loi¹⁶⁴ qui unifie le droit en matière des personnes et de la famille. Avant d'en venir à cette loi, il convient néanmoins de rappeler qu'après la loi du 9 décembre 1964¹⁶⁵, la loi du 23 mars 1981¹⁶⁶ a mis en place des tribunaux populaires qui statuaient en toutes matières sans le concours des assesseurs, mais avec des juges populaires non professionnels élus sur la base de leur conviction politique révolutionnaire. Les juges populaires non professionnels ne représentaient aucune coutume dans la composition des tribunaux populaires.

La loi du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille, dispose dans son article 1030 que : « *Les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code*¹⁶⁷ ». La loi n'est pas restée muette sur la situation des actes et faits juridiques postérieurs et antérieurs à son entrée en vigueur. Ainsi l'article 1018 dispose : « *Les dispositions du présent code s'appliquent aux actes et faits juridiques postérieurs à son entrée en vigueur ainsi qu'aux conséquences que la loi tire des actes et faits antérieurs ayant créé une situation juridique régulière au regard de la coutume et de la loi* ».

¹⁶¹ Jean Poirier, « Eléments de réflexion pour une théorie du droit africain », in Camille Kuyu (dir.), *A la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Paris, Connaissance et Savoirs, 2005, p. 36.

¹⁶² Art. 11, Constitution béninoise.

¹⁶³ Jacques Venderlinden, « Essai de synthèse », in John Glissen (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, ULB, 1972.

¹⁶⁴ Loi n° 2002-07 du 24 août 2004.

¹⁶⁵ Loi n° 64-28 du 9 décembre 1964.

¹⁶⁶ Loi n° 81-004 du 23 mars 1981.

¹⁶⁷ Art. 1030 du code des personnes et de la famille issu de la loi du 24 août 2004.

En matière de mariage, l'article 1021 édicte : « Les mariages contractés conformément à la coutume, *antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent code, demeurent soumis* pour leur validité aux conditions de fond et de forme en vigueur lors de la formation du lien matrimonial. Il en est de même des mariages célébrés conformément au code civil. Leurs effets postérieurs sont régis par la loi nouvelle ».

A cette loi il faut ajouter la loi du 28 février 2011¹⁶⁸ portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes. Désormais, les procédures suivies devant toutes les juridictions se conformeront aux dispositions de ce code de procédure unique. Reste cependant la matière immobilière qui continuera d'être régie par le droit traditionnel lorsque l'immeuble concerné n'est pas nanti d'un titre foncier ni d'un permis d'habiter. On voit là une marche vers une réforme du droit béninois qui, n'ayant pas pour but d'écarter complètement la tradition, répartit les compétences entre le traditionnel et le juridictionnel. C'est ce qu'il faut retenir des dispositions de l'article 1229 du code de procédure béninois qui édicte : « *En attendant l'harmonisation du droit applicable en matière immobilière, l'appel et le pourvoi en cassation peuvent se faire par déclaration orale en matière immobilière de droit traditionnel* ».

Il découle de cette disposition que l'unification des deux ordres juridiques interviendra également en matière immobilière. Pour l'instant, les juridictions béninoises traversent une phase transitoire durant laquelle le droit traditionnel continue de s'appliquer.

Nombreux sont les juristes, intellectuels africains à se demander si la disparition pure et simple du droit coutumier ne risque pas de produire un affaiblissement du droit positif même des pays africains¹⁶⁹.

Il ressort des dispositions des articles 1030 du code des personnes et de la famille, et 1229 du code de procédure civile précités que le droit traditionnel cède progressivement

¹⁶⁸ Loi n° 2008-07 du 28 février 2011, portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes.

¹⁶⁹ Johane M. Pauwls, Introduction au droit, Butare, Université nationale du Rwanda, 1973. – Jean-Godefroy Bidima, La palabre, une juridiction de la parole, Michelin, Le bien commun, 1997. – René Massinon, « *L'illusion civilisatrice dans les actes législatifs de la période coloniale* », Revue de civilisation burundaise, 1983, p. 66-104. – Maryse Raynal, Justice traditionnelle, justice moderne. Le divin, le juge, le sorcier, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1994, p. 23-25.

Première partie : La pluralité des juridictions : une pluralité assumée et organisée place au droit français¹⁷⁰, devenu droit étatique. C'est l'opinion faite par le législateur¹⁷¹. A l'exception du domaine immobilier, cette option couvre toutes les autres matières : les personnes, la famille, les obligations, les successions, les dons et les legs. Il est évident que la suppression du droit traditionnel pose cependant des problèmes¹⁷² ; tout changement pose toujours problème au début, comme on dit « tout un début est difficile ».

L'idée n'est pas de marginaliser la tradition en Afrique¹⁷³, mais de faire en sorte que le peuple puisse se prévaloir de ses droits en toute sécurité. Les règles coutumières continueront de s'appliquer au quotidien, mais dans des matières qui ne relèvent de l'autorité judiciaire. Par exemple, il existe dans presque toutes les coutumes du pays africains, en matière de mariage ce que l'on appelle « la reconnaissance des parents », une cérémonie qui précède les fiançailles. L'homme qui désire épouser une femme doit envoyer une délégation de ses parents pour connaître les parents de la femme et leur en demander la main. C'est cette étape qui ouvre véritablement celle des fiançailles. D'autre part, on dit en Afrique que ce sont les familles qui se marient et non les individus. C'est-à-dire qu'en matière de mariage la société africaine est organisée en la forme « holistique¹⁷⁴ ». Même si leur consentement est essentiel, le mariage entre un homme et une femme implique étroitement leur famille. Aucune décision grave relative à la vie du couple ne peut se prendre à l'insu des deux familles. Par exemple, l'homme ne peut répudier sa femme sans l'avis de ses parents.

La décision d'unification des deux ordres juridiques ne supprime pas les coutumes que les citoyens continuent de pratiquer. Les lois et les constitutions protègent d'ailleurs les valeurs culturelles¹⁷⁵. Au Bénin par exemple, l'article 10 de la Constitution prévoit que : « *Toute personne a droit à la culture. L'Etat a le devoir de sauvegarder et de*

¹⁷⁰ Maryse Raynal, op. cit. « Convaincus de la supériorité de leur culture et considérant le droit répressif traditionnel comme particulièrement barbare, les colonisateurs conçurent le droit comme l'outil privilégié du progrès ». p. 13.

¹⁷¹ « La justice traditionnelle, en devenant hors la loi, s'est souvent travestie, peut-être pour mieux se protéger et survivre », Maryse Raynal, op. cit. p. 14.

¹⁷² Médénou Firmin, Coutumier du Dahomeys, Présence béninoise, 2004.

¹⁷³ Charles de Lespinay, « Valeurs traditionnelles, justice de proximité et institutions Rwanda et Burundi », in Emile Mworoha, Construire l'Etat de droit, Paris, L'Harmattan, 2000 ; Philippe Ntahombaye, L'institution des Bashingantahe en tant que mécanisme traditionnel de prévention et de résolution pacifique des conflits au Burundi, Unisco, 1996.

¹⁷⁴ Emile Durkheim, « Les règles de la méthode sociologique », étude poche. ; Paru en 2010.

¹⁷⁵ Charles Ntampaka, « Le retour à la tradition dans le règlement des différends, le gacaca », Dialogue, n° 186, 1995, p. 95-104.

promouvoir les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles, ainsi que les traditions culturelles ». En Union des Comores, le préambule de la Constitution du 23 décembre 2001 dans son article premier dispose « Le peuple comorien, affirme solennellement sa volonté de puiser dans l'islam, religion d'Etat, l'inspiration permanente des principes et règles qui régissent l'Union ». Ici on entend par « l'islam », la culture comorienne.

L'importance des normes non officielles va de pair avec la faible capacité de l'Etat à produire des règles du jeu uniformes et acceptées par tous et à les faire respecter. De ce fait il est nécessaire de régulariser le système en instaurant un seul ordre juridique, en unifiant les institutions judiciaires.

Les normes juridiques officielles et officieuses sont fortement instables, non cristallisées, non stabilisées, malléables. Il en résulte une importante marge de négociation, et ceci à tous les niveaux, à l'échelle domestique comme à l'échelle villageoise ou à l'échelle des rapports avec l'administration.

Il est encore nécessaire que le pays garde bien les traits du système français en écartant la coutume du système écrit. La coutume ne doit pas avoir la même place que la loi écrite. Nécessité de primauté du système étatique qui lui, est écrit du système ancestral et religieux qui, eux restent non écrits.

En Roumanie, jusqu'au début du XIX^e siècle, la coutume était une source principale de droit¹⁷⁶. Elle était connue dans l'histoire comme jus valachicum ou jus valachorum (le droit des roumains) ou coutume lex terrae (la loi du pays ou la loi de la terre). Aux Comores la coutume n'a jamais connu une telle prépondérance juridiquement parlant, ce qui rend facile sa mise sous tutelle du système étatique.

Plusieurs lois sont intervenues afin de rationaliser la justice en Afrique occidentale, et ce, selon la période :

- La jurisprudence des tribunaux issus de l'AOF (1857-1958)

¹⁷⁶ BOCANCEA Cristian, La Roumanie du communisme au post-communisme, Paris, L'Harmattan, 1998. ; GLATZ Tudor Alexandre, L'adaptation du droit roumain aux exigences communautaires, thèse, ParisII Panthéon-Assas, 2001.

Dès 1857, et avant même la création de l'Afrique occidentale française en 1894¹⁷⁷, apparaissent les premiers tribunaux, mouvement qui se poursuivra jusqu'en 1931. Une seconde phase, jusqu'en 1946, verra la consolidation des institutions judiciaires. Après la Seconde Guerre mondiale, elles seront intégrées au système juridictionnel français.

Le premier tribunal africain apparaît en 1857 au Sénégal, où naît pour la première fois une dualité entre citoyens de religions différentes : la première institution judiciaire qui n'est pas imposée par le colonisateur est le Tribunal musulman de Saint-Louis¹⁷⁸. Demandé par les citoyens de la ville, il a été reconnu par un décret du 20 mai 1857. Ce tribunal est composé d'un cadî, d'un assesseur et d'un greffier. Mais le lancement de la juridictionnalisation de l'Afrique de l'Ouest commencera avec l'Afrique occidentale française.

Alors que les chefs coutumiers pouvaient rendre la justice dans toutes les matières, la prémisses de la perte de leurs prérogatives fut la création de la première institution judiciaire. Un décret du 30 septembre 1887 marque la fin de la reconnaissance officielle des chefs de village et de leur pouvoir de rendre la justice coutumière, au profit des tribunaux coloniaux. Dans ce texte, aucune distinction n'était faite entre les Européens et les Africains. Cette situation durera quinze ans et sera remise en cause par un autre décret ; celui du 10 novembre 1903, qui va créer des juridictions réservées aux indigènes¹⁷⁹ dont le domicile est fixé dans le ressort des tribunaux français. C'est ainsi que sont créés, par le titre VI du décret, les tribunaux de province, les tribunaux de cercle et d'homologation.

L'organisation judiciaire est classique et elle est calquée sur l'organisation administrative française : deux juridictions de premier degré : le tribunal de village, qui a pour but principal de permettre la conciliation pour des affaires civiles et familiales de faible importance et pour des contraventions inférieures à quinze francs d'amende et à cinq jours d'emprisonnement ; le tribunal de province, qui tranche en premier ressort les litiges civils et commerciaux et connaît de tous délits, au sein du tribunal de subdivision ; une juridiction de second degré : le tribunal de cercle qui connaît en appel des affaires devant les juridictions du premier degré et statue en matière criminelle.

¹⁷⁷ Institué par la loi du 20 mars 1894.

¹⁷⁸ Premier Tribunal du Sénégal créé en 1857.

¹⁷⁹ Dans le sens donné en 1903, non au sens actuel, « par opposition aux étrangers, aux immigrants, aux conquérants ».

Pour permettre un recours portant uniquement sur le droit et non les faits, une procédure spécifique est instituée devant *la chambre d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF* à Dakar. Cette voie de recours est possible à titre dérogatoire aux indigènes. Alors que les débats avant la promulgation de la loi envisageaient pour la Cour de cassation la création d'une quatrième chambre chargée de régler les affaires coloniales¹⁸⁰, une Cour supérieure coloniale¹⁸¹, une solution de proximité a été retenue en raison de l'éloignement avec la métropole¹⁸².

Ces tribunaux sont présidés par un fonctionnaire français, par exemple l'administrateur de cercle, qui a voix délibérative et par deux assesseurs indigènes qui ont voix consultative. Ces juridictions ont pour compétence uniquement les coutumes du pays¹⁸³ et les juges indigènes sont indépendants. Cette indépendance est réaffirmée par une circulaire du gouverneur général du Dahomey du 31 janvier 1909 interdisant aux fonctionnaires français toute intervention active ou non¹⁸⁴.

- La réorganisation de la justice en 1912 :

Le décret du 16 août 1912 va « réorganiser la justice indigène en Afrique » et réaffirmer la spécificité du statut indigène et du statut applicable aux justiciables des tribunaux français. La notion du mot « indigène » va être définie comme « individus originaires des possessions *françaises d'AOF, d'AEF et des possessions étrangères* comprises entre ces territoires, qui *n'ont pas dans leur pays d'origine le statut des nationaux européens* ». La même année, les assesseurs indigènes des tribunaux de province ont voix délibérative, y compris dans la subdivision pénale¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Proposition de loi du 11 novembre 1902 de FRANCOIS DELONCLE devant la Chambre des députés.

¹⁸¹ Projet de loi portant fixation du budget 1910.

¹⁸² MARTINE FABRE, « Le recours en cassation et le droit colonial », in Bernard Durand (dir.), *la justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, 2001.

¹⁸³ Article 75 : « la justice indigène appliquera, en toutes matières, les coutumes locales ».

¹⁸⁴ Cité par MAÏTE LESNE-FERRET, « L'organisation de la justice coloniale : les décrets de 1897 à 1937 », in Bernard Durand (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, tome I, Montpellier, 2001.

¹⁸⁵ Article 4 du décret du 16 août 1912.

Douze ans plus tard, avec le décret du 22 mars 1924, le vote aura force délibérative dans les juridictions d'homologation. Ce mouvement ne concernera pas les tribunaux de cercle, alors que le tribunal de village est dépossédé de toute compétence pénale. Ce même texte va changer la dénomination du tribunal de subdivision, qui statue en premier ressort sur les affaires pénales au profit du tribunal de premier degré¹⁸⁶. Le tribunal de cercle devient le tribunal de second degré.

A partir de cette date, sous la plume d'administrateurs coloniaux ou de magistrats français, vont être publiés pour première fois des ouvrages juridiques dits de « droit indigène »¹⁸⁷. Ce droit spécifique va être réaffirmé par le décret du 17 février 1923 disposant que les coutumes sont uniquement applicables devant les juridictions indigènes.

- La consolidation de l'organisation des tribunaux (1931-1946)

Par l'intérêt suscité en faveur de la justice traditionnelle, une circulaire du 19 mars 1931 relative à la codification des coutumes indigènes va encourager la collecte et la publication des coutumes. En décembre de la même année est publié le décret du 3 décembre 1931 réorganisant la justice locale.

La réorganisation va porter notamment sur la suppression des tribunaux de village et de la Chambre d'homologation. Des recours restent néanmoins possibles devant la Chambre d'annulation de la Cour d'appel de l'AOF pour incompétence ou violation du décret. Le décret du 23 mai 1932 pour sa part confirme que les jugements des tribunaux indigènes ne sont pas susceptibles d'un pourvoi devant la Cour de cassation française, mais sont homologués par la Chambre spéciale, autorité judiciaire locale.

De même, la compétence du tribunal de premier degré est limitée aux affaires civiles et commerciales de moins de cinq cents francs et statue en dernier ressort. Au-dessus de ce montant, le tribunal de second degré est compétent et à charge d'appel devant le tribunal colonial d'appel. La compétence du tribunal du deuxième degré ne portera que sur les

¹⁸⁶ Article 5 du décret du 16 août 1912.

¹⁸⁷ PIERRE MENIER, « Organisation et fonctionnement de la justice indigène en Afrique occidentale française », Paris, Augustin Challamel, 1914.

matières civiles et commerciales¹⁸⁸. En premier ressort et en matière criminelle, un tribunal criminel est créé, dont la composition s'élargit à deux assesseurs européens supplémentaires.

- L'intégration au système juridictionnel français (1946-1958)

Après la Seconde Guerre mondiale, les relations entre la France et ses colonies sont redéfinies. La Constitution du 27 octobre 1946 dans son titre VIII voit se créer l'Union française, et par la loi du 7 mai 1946 dite « loi Lamine Gueye » les ressortissants des territoires d'outre-mer peuvent accéder à la citoyenneté française.

Dans ce même mouvement, le décret du 30 avril 1946 retire toute compétence pénale au profit des institutions françaises. Toutes les institutions de droit indigène sont supprimées, sauf les juridictions de première instance¹⁸⁹, au profit des institutions française établies. La conséquence de ce bouleversement est la nécessité de créer rapidement de nouvelles institutions, car celles-ci étendent leur compétence à des millions de personnes. Ainsi, par le décret du 3 juillet 1946, vont être créées la justice de paix, puis la Cour d'appel d'Abidjan en 1951. Toute décision rendue est susceptible d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

En 1933 apparaissent les coutumiers, et sera publié cette même année le Coutumier du Dahomey, territoire correspondant actuellement au Bénin. Le Coutumier du Dahomey n'est pas un code au sens européen du terme, mais un recueil de décisions qui correspond à l'état du droit à un moment donné et qui est susceptible d'évolution. Nous voyons dans cette définition de nombreuses analogies avec un recueil d'arrêt et la définition même de la jurisprudence. Dans son préambule est notamment indiqué que le coutumier n'est pas constitué d'articles de code. Il s'agit d'un document dans lequel sont consignés les coutumes qui ont servi de base à un jugement, lesquelles ont été homologuées par un arrêt du Tribunal colonial ou la Chambre d'annulation. Il est indiqué également que l'inscription au coutumier doit s'accompagner de la référence de la décision rendue.

¹⁸⁸ Article 42 du décret du 23 mai 1932.

¹⁸⁹ Rétablies par le décret du 9 mai 1946.

En 1963, le ministre des Colonies met en place un comité d'étude des coutumes indigènes, qui aboutira en 1939 à la publication des coutumiers juridiques de l'AOF aux éditions Larose¹⁹⁰.

- L'âge d'or de la publication de la jurisprudence (1898-1930)

La jurisprudence des tribunaux indigènes de l'AOF est publiée principalement dans le recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales ou Recueil Dareste. Il couvre la période 1898-1939. Sa publication était d'abord semestrielle, puis mensuelle de janvier 1904 à 1914. Il a été publié aux éditions Marchal et Billard. Des tables existent pour les périodes 1898-1910, 1911-1920 et 1921-1930.

Parallèlement au Recueil Dareste ont été publiés sous la direction de Maurice Penant, entre 1891 et 1933, La Tribune des colonies et des protectorats. Recueil général de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales et maritimes¹⁹¹.

Des tables ont été réalisées par le même auteur dans des suppléments à La Tribune, appelés Les répertoires de droit colonial en toutes matières françaises et indigènes et de droit maritime :

- 1^{er} recueil : de janvier 1891 à janvier 1901 (publié en 1904) ;
- 2^e recueil : de janvier 1901 à janvier 1912 (publié en 1913) ;
- 3^e recueil : de janvier 1912 à janvier 1922 (publié en 1925) ;
- 4^e recueil : de janvier 1922 à décembre 1931 (publié en 1936).

- Une jurisprudence peu publiée (1946-1958)

Le Recueil Dareste ne sera plus publié à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. L'autre revue, La Tribune des colonies et protectorats, deviendra à partir de 1933 et jusqu'en 1957 Le Penant, revue mensuelle comportant de la doctrine, de la jurisprudence, des textes et de la bibliographie. De 1958 à 1960, il devient Le recueil Penant, et retrouve en 1961 son nom

¹⁹⁰ Les coutumiers juridiques de l'AOF sont divisés en trois volumes. Le premier concerne le Sénégal, le second le Soudan et le troisième la Mauritanie, le Niger, la Côte d'Ivoire, le Dahomey et la Guinée française. Ils sont tous les trois consultables à la bibliothèque Cujas à Paris.

¹⁹¹ Pour la localisation des recueils en France, consulter le catalogue SUDOC : <http://www.sudoc.fr/037458833>.

d'origine, Le Penant, sous lequel il est connu encore aujourd'hui. Actuellement, cette revue trimestrielle est publiée par les éditions Edénia. Le directeur de publication est Maître Alain Fénéon, avocat au bareau de Paris. Elle a pour sous-titre *Revue des droits d'Afrique*.

La publication des décisions entre 1946 et 1956 ne sera plus réalisée dans des revues spécifiques^I. Il est possible de retrouver cette jurisprudence historique en partie sur Légifrance¹⁹² Ou sur Juricaf¹⁹³. On peut citer par exemple cet arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1956 rendu sur un appel de la Cour d'appel de Dakar du 20 février 1953¹⁹⁴.

¹⁹² <http://www.legifrance.gouv.fr>.

¹⁹³ <http://www.juricaf.org>.

¹⁹⁴ Cass. Com. 14 février 1956, pourvoi n° 56-02831.

Chapitre II : Pluralité des juridictions religieuses

26. Le droit musulman puise ses règles sur la chari'a islamique. Il a ses propres juridictions et ses propres règles. L'organe juridictionnel est appelé à connaître des litiges relevant du domaine du droit musulman et avant tout le tribunal du Quâdi. C'est pour cette raison qu'on va essayer de présenter ce tribunal en précisant ses principales caractéristiques (Section1), on va ensuite dissenter sur sa composition (Section2) et enfin de l'évolution de ce droit, par la naissance de nouvelles juridictions (Section3).

Section 1 : Le tribunal du qâdi et ses caractéristiques

27. Dans cette partie, on va traiter sur la question de l'unicité du juge musulman (§1) avant de traiter sur la question des conditions d'aptitude à la magistrature judiciaire musulmane (§2)

§1 : Le principe de l'unicité du juge

28. Le principe de l'unicité du juge a depuis toujours dominé dans la procédure judiciaire musulmane¹⁹⁵. Le quâdi musulman est un juge unique, il rend un jugement unique, selon la charia. Il statue sans appel. Ses compétences s'étendent sur l'ensemble des contestations, de quelque ordre qu'elles soient ; civiles et criminelles¹⁹⁶. Il dénoue le drame familial: répudiation ou succession, aussi bien que le procès en matière mobilière ou immobilière, réelle ou personnelle, civile et criminelle. Au lieu de recourir directement au tribunal du quâdi il est également autorisé de désigner un arbitre¹⁹⁷, hakam en vue de dénouer un différend. Seule une personne qualifiée pour être quâdi peut être hakam ; ce dernier est forcé d'appliquer le droit musulman, et son jugement peut être invalidé par le quâdi régulier s'il ne correspond pas à la doctrine de l'école juridique dont il se réclame¹⁹⁸. La sentence du

¹⁹⁵ Safi'î. Al , Kitab al-Umm, Dar al-Fikr lî al-Tiba'a, 1410-1990. – Abou Talib Hamid Muhammad, al-Tanzîm al-qadâ'î al-islam Matba'at al-sa'da, le Caire, 1402-1982. – Le concept de justice sociale en islam, éd., Publisud, Paris, 1982. – Gaudetroy-Demombyns, Maurice, Les institutions musulmanes, Flammarion, Paris, 1953.

¹⁹⁶ Soyer Jean Claude, Manuel de droit pénal et procédure pénale, 7 éd., LGDJ, Paris, 1987.

¹⁹⁷ Bercher Léon, Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran, Tunis, 1926. – Berque Jacques, le Coran, Essai de traduction, édition revue et corrigée, Albin Michel, Paris, 1995. – Caratini Roger, Le génie de l'islamisme, Michel Lafon, 1992. – Chelhod Joseph, Les sacrifices chez les Arabes, Presses Universitaires de France, Paris, 1995. – Dozy, Essai sur l'histoire de l'islamisme, trad, Chauvin, Paris, 1879. – Gardet Loui, La Cité musulmane, Paris, 1961.

¹⁹⁸ Al-Mawardi, op. cit. p. 111.

hakam n'est contraignante que pour les parties qui l'ont désigné ; il ne peut pas prendre de décisions à l'encontre de la aqila¹⁹⁹ pour le prix du sang , dans le cas d'un homicide avec hata. La compétence du juge musulman couvre uniquement les justiciables musulmans, mais cette restriction des compétences du qâdî musulman aux seuls justiciables musulmans ne doit pas être entendue comme une incompétence absolue²⁰⁰ , selon al-Safi'î qui dit « Cette incompétence de principe du juge musulman quant aux non musulmans n'exclut pas sa compétence dans le cas exceptionnel d'accord en ce sens, de tels plaideurs ²⁰¹ ». C'est ce qui explique que al-Safi'î donne des règles pour le cas où le qâdî connaîtrait de procès entre non musulmans ; c'est la seule interprétation qui permet de concilier la règle de principe énoncée par al-Safi'î et ses développements sur la procédure qu'il indique quant aux procès des non musulmans. Lorsque le qâdî musulman est amené à juger les conflits entre dimmi, il fera prêter le serment déferé aux juifs et aux chrétiens, dans la synagogue ou à l'église, endroits qu'ils respectent le plus, afin d'ajouter à la solennité de l'acte ; la femme chrétienne ou juive mariée à un musulman conservera son statut personnel, et sa succession sera dévolue conformément à sa loi religieuse. Mais dans le mariage entre un musulman et une femme chrétienne ou juive, la loi musulmane gouverne les conditions de validité, les effets et les modes de dissolution ; le mariage est valable s'il est conforme à la charia, encore que la religion de l'épouse le lui interdise ; la femme demeurée chrétienne ou juive aura les mêmes droits et sera soumise aux mêmes obligations que la musulmane. Les non musulmans, de ce fait, sont autorisés à faire juger leurs contestations en certaines matières. Le Coran dit : « Si les juifs ont recours à ton jugement, juge entre eux et abstiens-toi... Si tu te charge de les juger, juge- les avec équité²⁰² ».

Quant aux affaires qui ont attrait au statut personnel, successions, propriété et droits réels, le juge musulman n'en possède pas compétence c'est leurs juges religieux qui en a la charge, suivant en cela la prescription coranique : « Les gens de l'Evangile jugeront suivant l'Evangile... ²⁰³ ». Selon l'interprétation qui a prévalu du verset, V. 46, ici cité, le qâdî musulman est tenu de statuer si les parties sont d'accord pour lui soumettre leur différend²⁰⁴.

¹⁹⁹ Lorsque la tribu contribuait au paiement des compositions pour l'homicide commis par l'un du sien elle se dénomme aqila.

²⁰⁰ Goldziher, Le dogme et la loi de l'islam, Paris, 1920. – Lammens Henri, L'islam, Croyances et Institutions, imprimerie catholique, Beyrouth, 1926. – Laroui Abdellah, Islam et histoire, Albin Michel, Paris, 1999.

²⁰¹ Kitâb al-Umm, Dâr al -fîkr, Beyrouth, 1410/ 1990, t, VII, p. 44-45.

²⁰² Cor. V, 42. Voire l'explication que donne al-Safi'î, à ce verset, dans le Kitab al- Umm, op. cit. p. 44-45.

²⁰³ Cor. V. 46.

Très tôt en islam, s'est posé le problème du rite qui devait prévaloir lorsque les parties en procès sont de rites différents²⁰⁵. La réponse des jurisconsultes est la suivante :

- Entre parties de rites différents, le choix du rite appartient au défendeur si, au lieu de son domicile, il existe un qâdi de chacun des rites respectifs. Le défendeur n'est donc pas obligé de suivre son propre rite, s'il peut invoquer une règle plus favorable que celle du demandeur.
- Le qâdi nommé pour juger les litiges conformément à un rite déterminé doit s'en tenir à cette discipline²⁰⁶. Le choix du défendeur disparaît donc, lorsque, dans le lieu de son domicile, il n'existe de qâdi que d'une seule Ecole.
- Si donc la limitation de la mission de juger conformément aux prescriptions d'un rite déterminé n'a pas été insérée dans l'acte d'investiture d'un magistrat, rien ne l'empêche de faire application au litige, du rite choisi par le défendeur.
- Le litige tranché par le juge suivant un rite déterminé ne peut être repris devant un magistrat d'un autre rite, à l'effet de le faire juger suivant d'autres règles.

Il existe comme dans tout système juridictionnel des conditions d'aptitude à l'exercice de la fonction de magistrat.

§2 : Conditions d'aptitude à la magistrature judiciaire

29. L'accès au poste de la magistrature exige un certain nombre de conditions que la tradition répartie en deux catégories, relatives au fond (A) et au fait (B).

²⁰⁴ Kitab al-Umm, op. cit. pp. 44-45.

²⁰⁵ Milliot Louis, Introduction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey, Paris, 1953. – Linant De Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, Paris-La Haye, 1955.

²⁰⁶ Rachid Rida, al-hilafa, aw al-imama al-uzma, Le Calife ou Grand Imamat, le Caire, 1992. – Shacht Joseph, Introduction au droit musulma, Maisonneuve et Larose, trad., par aul Kempf et Abd al madjid, Turki, Paris, 1983. – Sourdel Dominique et Janine, La civilisation de l'islam classique, Artaud, Paris, 1968. – Tyan Emile, l'Histoire de l'organisation judiciaire en Pays d'islam, Leiden 1960. – Tyan Emile, Le système de responsabilité délictuelle, en droit musulman, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1926. – Van Den Berg, Principes de droit musulman selon les rites d'Abou Hanifa et de Safi'i, Batavia, 1883. Trad., de France de Tersant, 1894-1895.

A- Les conditions légales de fond

30. Al-Mawardi enseigne, dans les Ahkâm al-sultâniyya²⁰⁷, que les conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires sont au nombre de huit : le sexe masculin (1), la puberté (2), l'intelligence (3), la liberté (4), l'appartenance religieuse (5), l'équité (6), les facultés sensorielle et la vue (7) et la science juridique (8)

1- Le sexe masculin

31. Le juge doit être un homme de sexe masculin et pubère, la femme n'est pas apte aux fonctions judiciaires, bien que d'autres lui autorisent d'occuper cette fonction, exemple l'imâm Abû Hanîfa qui considère que la femme est en droit d'occuper la fonction judiciaire dans toutes les matières où elle serait amenée à se constituer comme témoin. La femme selon le rite hanafite, peut valablement être juge en toutes matières, sauf lorsqu'il s'agit de l'application de la Loi talion, qisâs, ou des peines prévues par le Coran²⁰⁸. Les auteurs rattachent cette règle au principe général suivant lequel les conditions d'aptitude à la magistrature sont les mêmes que les conditions d'aptitude au témoignage. Selon al-tabarî, *« le sexe masculin ne serait pas requis comme condition d'aptitude aux fonctions judiciaires et les femmes y sont aptes, dans les mêmes conditions que l'homme »*²⁰⁹. Sous le califat d'al-Mouqtadir²¹⁰, on rapporte que sa mère, qui avait une influence notable sur les affaires de l'empire, avait désigné une femme de son entourage, Tumayl, pour statuer en matière des mazâlim, procédure de recours devant le pouvoir suprême. Ladite Tumayl tenait à cet effet des audiences régulières, entourée de qâdis et de notables²¹¹.

2- La puberté

32. Conjointement au sexe masculin, le magistrat doit être pubère, bâlig. C'est pourquoi, toujours en raison de l'analogie qu'établissent les juristes entre le témoignage et la juridiction, l'impubère est déclarée inapte aux fonctions judiciaires. L'impubère n'est pas

²⁰⁷ P.107-108

²⁰⁸ Ibid p.107

²⁰⁹ Ibid p. 107

²¹⁰ Souverain Abbasside

²¹¹ Fâ îza Bal-Asri, Tatawur wilayat al-mazâlim, Remald Rabat, 2002, n°34, p.25.

apte aux fonctions judiciaires parce que, disent les auteurs, avec plus de raison qu'« il est irresponsable qu'étant incapable de faire pour lui-même un acte juridique, a fortiori, il ne pourrait en faire, qui puisse concerner un tiers²¹² ».

Si les dispositions de la loi sont, ainsi formulées dans l'absolu, c'était à un âge avancé que l'on accédait à un poste de judicature ; la preuve en résulte des rares cas où l'on voit des hommes, nommés, tous jeunes, magistrats. La jeunesse n'est pas en effet, un obstacle de principe à l'accession aux fonctions judiciaires, « Umar aurait nommé un jeune homme qâdi de Damas, en se contentant de *s'assurer de sa conscience juridique* ». ²¹³ L'âge de puberté est fixé, dans le madhab hanafite, à quinze ans révolus. Mais entre cet âge, et l'âge de douze ans révolus, l'individu peut être reconnu capable, si du fait de sa constitution physique particulière, il présente déjà des signes physiologiques de la puberté²¹⁴. La majorité est déterminée par des indications physiques, par la déclaration de l'adolescent en question, ou, à défaut, par l'âge de quinze années lunaires.²¹⁵ Le mukallaf, individu totalement responsable, a la capacité de contracter et de disposer, tasarruf ; il doit remplir ses devoirs religieux, et il est pleinement soumis à la loi criminelle, étant capable de propos délibérés. L'aliéné et l'enfant, sont totalement incapables, mais peuvent être astreints à certaines obligations financières ; l'idiot et le mineur, ont, en outre, la capacité de conclure des transactions complètement à leur avantage et d'accepter donations et dons charitables ; les mineurs intelligents, doués de discernement, peuvent en outre, se convertir à l'islam, recevoir une procuration. En ce qui concerne le majeur irresponsable, on discute du point de savoir s'il est soumis à une interdiction, ou s'il est responsable en principe, mais placé sous la protection des autorités jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-cinq années lunaires.

3- L'intelligence

33. Constitue la troisième raison d'aptitude aux fonctions judiciaires. Cette notion sous-entend, selon al-Mawardî : « *non pas l'entendement qui rend l'individu responsable de ses actes, du fait de son aptitude à comprendre les choses nécessaires et courantes de la vie ;*

²¹² Emile Tyan, p. 164.

²¹³ Ibid p. 164.

²¹⁴ Art. 987 de la Magalla.

²¹⁵ Joseph Sacht, p. 108.

le candidat doit en plus, jouir d'un discernement judiciaire, n'être pas sujet à la distraction, être capable de dénouer des situations compliquées ». ²¹⁶

4- La liberté

34. Le candidat à la magistrature doit être de statut social, libre, par opposition au statut d'esclave. L'inaptitude de l'individu qui ne jouit pas du statut de liberté aux fonctions judiciaires est une des conséquences naturelles de l'état d'esclavage. Comme le dit logiquement al-mawardî : « *l'esclave n'ayant pas autorité sur sa propre personne, ne peut en acquérir sur autrui* ²¹⁷ ». De plus, « *l'état d'esclavage étant un empêchement au témoignage constitue, a fortiori, un empêchement à l'accession à une fonction publique et à l'exercice de l'autorité* ²¹⁸ ».

Cette incapacité s'étend également aux individus, qui ne jouissent pas du statut complet de liberté. Al-mawardî désigne par là, « *l'esclave bénéficiaire d'un affranchissement à cause de mort, l'esclave qui a stipulé son affranchissement sous condition de paiement d'une somme déterminée d'argent, et l'esclave bénéficiaire d'un affranchissement partiel* ²¹⁹ ».

Par ailleurs, si l'esclave obtient son affranchissement, son droit à occuper les postes de la magistrature judiciaire est total.

5- L'appartenance religieuse

35. La fonction de qâdî étant de nature religieuse ; le candidat doit être de confession musulmane. Cette condition se justifie, en premier lieu, parce que le témoignage en justice du non musulman dans le droit musulman, tel qu'il s'est définitivement constitué, n'est pas admissible. Elle résulte également d'une disposition coranique suivant laquelle : « Dieu ne donnera aucune autorité aux infidèles sur les musulmans ²²⁰ ». Cette incapacité dont est frappé le non musulman ne concerne que la juridiction qui s'exerce sur les musulmans. Abû Hânîfa ajoute, toutefois que « le non musulman peut être nommé par

²¹⁶ Opt., cit. 108

²¹⁷ Opt., cit. PP ; 107-108

²¹⁸ Ibid P ;108.

²¹⁹ Ibid. p.108.

²²⁰ Cor. IV. 141.

l'autorité islamique même, pour juger les différends entre les membres de sa communauté²²¹». Mais la doctrine classique, en général ne reconnaît pas à un tel magistrat une condition juridique identique à celle d'un qâdî²²² proprement dit, en ce sens que, d'autre part, le pouvoir musulman n'est pas obligé de donner l'appui de la force publique pour l'exécution de ses sentences.

6- L'équité, al-adâla

36. D'après Al-Mawardî, la adâla, équivaldrait à une véritable perfection morale et religieuse. La notion de adâla implique donc la notion de la qualité de bonne moralité, bon caractère, qui vient à s'opposer au terme de fusuq, immoralité caractère de celui qui commet des péchés graves. Le contraire de quelqu'un qui est 'adl est le fâsiq ; entre les deux se trouve le mastûr, celui à propos duquel on ne connaît rien de défavorable. La qualité de 'adl est une exigence religieuse et non juridique. Le qâdî ne doit pas recevoir le témoignage d'un fâsiq. Mais si il le fait, le jugement qu'il rend en s'appuyant sur ce témoignage est valide. Si un qâdî était 'adl et était devenu fâsiq par la suite, sa nomination n'est pas invalide²²³.

7- Les facultés sensorielles, le sens de l'ouïe et de la vue

37. C'est par ces deux sens que le qâdî pourra « distinguer entre le demandeur et le défendeur, *le plaideur qui avoue et celui qui nie, la vérité et l'erreur.* »²²⁴. Les auteurs hanafites ajoute à cela que le candidat ne doit pas être muet. En revanche, dans l'école sâfi'ite seule, l'usage de la vue est indiqué expressément parmi les conditions d'aptitude. En dehors de la cécité, de la surdité, et du mutisme, aucune infirmité n'entraîne incapacité à être nommé qâdî. Un paralytique pourrait valablement accéder à la magistrature²²⁵.

8- La science juridique

38. La dernière condition d'aptitude, selon la classification fournie par al-Mawardî, est la science juridique. Tout candidat ayant vocation à briguer un poste de la magistrature

²²¹ Mawardî, op. cit. p.108.

²²² Abû Hanîfa ne considère pas que le statut du candidat choisi pour juger les différends entre les membres de sa communauté comme étant celui du qâdî proprement dit. Il s'agit plutôt d'une désignation de prééminence, ri'âsa ou de cheferie, za'âma. Al-Mawardî P.108.

²²³ Joseph Schacht, op. cit. p. 108.

²²⁴ Al-Mawardî, op. cit. p. 108.

²²⁵ Emile Tyan, op. cit. p. 167.

doit connaître la Loi, le sâr. Il doit connaître le permis et le défendu et toutes les règles. Les éléments de cette connaissance, comporte, principalement, la science des racines, ou fondements du droit al-usûl qui sont : le Coran et toutes les prescriptions qu'il contient. Qu'elles soient d'ordre général ou particulier, avec leur commentaire, ainsi que la distinction entre les versets abrogés, nâsih et les versets non abrogés, mansûh ; deuxièmement la Sunna du prophète, résultant de ses paroles et de ses actes, ainsi que les procédés de transmission de cette Sunna et son caractère authentique ; troisièmement, l'interprétation du Coran et de la Sunna, suivant la tradition, et la connaissance des règles sur lesquelles en cette matière l'accord unanime, idjmâ, s'est établi, que le qâdî doit suivre ainsi que les règles suscitant des controverses pour lesquelles le qâdî conserve sa liberté d'appréciation ; quatrièmement, le qiyas, qui permet de statuer sur les difficultés dont on ne trouve pas la solution dans le Coran, la Sunna ou l'idjmâ, par raisonnement trouvant appui sur un texte de sources premières.

La condition de science juridique signifie à proprement parler, non seulement la connaissance des textes mêmes de la loi tels qu'ils sont établis dans les sources premières, mais aussi la capacité de déduire, par la méthode du raisonnement, les solutions appropriées. C'est ce que l'on appelle de capacité de l'idjtihad ; le qâdî doit être en principe un mudjtahid. Al-Mawardi insiste particulièrement sur cette condition. Al-Mawardi affirme que la nomination d'un qâdî non mudjtahid est nulle de plein droit, que seraient nuls, dans les mêmes conditions, les jugements que rendraient ce qâdî ; et que l'accord sur cette condition est unanime entre les juristes.

A l'appui de sa doctrine, al-Mawardi, comme d'autres auteurs, ne manque pas d'invoquer des traditions, d'après lesquelles le Prophète lui-même, avant de nommer ses qâdî, les examinait sur leurs connaissances juridiques.

Lorsque le candidat est en possession de la connaissance juridique, dit al-Mawardi, il devient digne de mudjtahid, et acquiert l'aptitude à juger et à même fournir des consultations judiciaires, fatwa²²⁶. Selon Emile Tyan que « *pendant l'apogée de l'institution judiciaire, le qâdî procédait parfois à un examen professionnel du candidat, portant aussi bien sur ses connaissances juridiques que sur d'autres qualités accessoires, particulièrement appréciées*²²⁷ ».

²²⁶ Emile Tyan, op. cit. p. 169.

²²⁷ Ibn Aqam, nomait qâdî posait aux candidats certaines questions de droit. Il faisait même surveiller les candidats par des espions ; Emile Tyan, op. cit. p. 169.

Les conditions de fond ne suffisent pas à elles seules à faire acquérir la qualité de magistrat judiciaire, il faut aussi que le candidat remplisse des conditions de fait.

B- Les conditions de fait

39. Jusqu'ici nous avons évoqué que les conditions légales d'aptitude aux fonctions judiciaires, cependant, il existe d'autres considérations qui entraient en ligne de compte et jouaient un rôle important dans le recrutement de la magistrature. Nous avons choisi la plus importante d'entre elles, à savoir l'appartenance au madhab.

- Les madhab :

En islam sunnite sont constituées, d'assez bonne heure, quatre Ecoles théologico-juridiques, al-madhâhib al-arba'a. Hanafite, shâf'îte, malikite, et hanbalite. La doctrine a toujours soutenu que le qâdî est libre d'adopter dans ses décisions l'option enseignée par l'un quelconque des quatre Ecoles, madhab ; que même reconnu comme partisan d'un madhab déterminé lors de son entrée en charge, il peut, sur un point déterminé, suivre un madhab ; que l'autorité supérieure ne peut pas imposer à un qâdî, lors de sa nomination ou par la suite, l'obligation de juger suivant tel ou tel madhab ; que, le cas échéant, cette obligation serait nulle, sans que cette nullité affectât la nomination elle-même.

Les différences doctrinales, entre les écoles juridiques, étant, en réalité, loin d'être nombreuses, ni essentielles, ces madhab ne tardèrent pas à revêtir un caractère nettement politique, qui fut générateur, de controverses très vives. Il n'est pas étonnant de voir que les autorités supérieures dans les différentes parties du monde musulman, suivant qu'elles adoptaient tel ou tel madhab, ne recrutaient leurs fonctionnaires, et, plus spécialement, les magistrats, chargés de l'application du Sar', interprété suivant les enseignements divergents des madhâhib, que parmi les adeptes du madhab auquel elles appartiennent elles-mêmes. Ce facteur politique a joué un rôle de premier plan dans l'expansion du madhab et de sa prépondérance dans les diverses parties du monde musulman. Telle dynastie fidèle du madhab hanafite, ne choisissait ses juges, ses maîtres d'école, pour peu qu'elle ne rencontrât pas de résistance trop forte de la population, que parmi les adeptes du même madhab, et arrivait ainsi à le propager dans toute l'étendue du territoire soumis à son autorité. Les qâdî eux-mêmes, ou les grands dignitaires qui avaient pouvoir de nomination aux postes judiciaires, ne manquaient pas d'agir dans le même sens.

- L'origine territoriale, et ethnique du candidat :

Certains auteurs font part, dans leurs ouvrages, de cette condition de fait. Au sein du monde musulman, dit Emile Tyan « encore uni par la foi religieuse, les aspirations nationales des différentes races n'avaient pas abdiqué complètement. L'Egyptien du Caire ne sentait naturellement pas chez lui auprès de l'Irakien de Bagdad, et le Syrien de Damas ne communiait pas dans les mêmes sentiments avec l'habitant de l'Afrique occidentale. A l'intérieur de chacune des communautés, unies sous le signe de l'islam, l'amour propre national affirmait ses exigences dans l'attribution des postes administratifs et judiciaires. Le particularisme des grandes villes, tout au moins des capitales, jouait aussi, un rôle considérable²²⁸ ». Le même auteur ajoute que : « en conséquence, le pouvoir central ne manquait pas de prendre en considération ce sentiment dans le choix des magistrats locaux qui relevaient directement de lui²²⁹ ».

En Union des Comores, il est toujours admis que le qâdî siégeant à Moroni par exemple soit étranger à cette ville, contrairement au monde arabe où il n'était pas admis que le qâdî siégeant par exemple à Bagdad, fût étranger à cette ville. Al-Kindi rapporte qu'après la mort de Abû-Hâzima, qâdî d'Egypte, le Calife Al-Mansûr avait nommé un magistrat qui n'était pas Egyptien. Grand émoi parmi les habitants du Caire, qui décident d'envoyer une délégation à Bagdad pour protester contre ce qu'ils considèrent comme un passe-droit et une humiliation. Les délégués ayant été reçus au palais impérial, leur porte-parole dit au calife : « pourquoi cherches-tu à nous faire du tort, ô prince des Croyants ! Tu veux ainsi nous humilier au regard de tout le monde ; proclamer, en mettant à notre tête un homme qui nous est étranger, qu'il ne se trouve dans notre pays aucun homme capable d'exercer la magistrature ». Le calife répondit : « Soit ! Indiquez-moi vous-mêmes un candidat. Et les délégués citaient deux noms et le calife, le souverain nomma l'un des deux candidats proposés²³⁰ ». Une telle démarche montre qu'en droit musulman le principe d'impartialité et de neutralité du juge qâdî n'a aucune importance. Le qâdî peut de ce fait juger des parties en ayant connaissance de leurs origines ethniques, familiales et de la nature du litige.

²²⁸ Op. cit. p. 171.

²²⁹ Emile Tyan, *ibid.* p. 171.

²³⁰ Wulât, p. 370.

Il est d'extrême importance de comprendre la composition du tribunal cadial musulman.

Section 2 : Composition du tribunal du Quadi

40. Le tribunal cadial est composé de trois éléments essentiels, avant tout il a été nécessaire de composer cette juridiction d'un organe de conseil du quâdi (§1), ce quâdi peut être amené à travailler sur certaines questions en étroite collaboration avec le mufti (§2) et ce quâdi doit être assisté par des témoins appelé les adul (§3)

§1 : Le conseil du quadi

41. Le conseil du magistrat judiciaire musulman est constitué à partir d'un nombre plus ou moins restreint de juristes assistant de leurs avis le juge. Il est un organe de simple constitution, sur des points de droit ; La décision du jugement appartient toujours au juge, il n'a donc aucune compétence délibérative. La consultation de ce conseil n'est pas obligatoire ; mais c'est une pratique héritée du système musulman d'ailleurs ancestral car il remonte aux premiers siècles de l'hégire et qui s'est maintenue d'une manière générale dans tous les pays musulmans ou dans tous les pays qui appliquent même une partie du droit musulman.

Il existe après cet organe de conseil, les mufti qui, eux aussi jouent un rôle très important dans la résolution des litiges en droit musulman.

§2 : Les mufti

42. Le muftî est ce celui qui fourni les fatwas, ou réponses juridiques, appelées encore agwiba ou nawâzil, c'est-à-dire espèces. Il est nommé par l'autorité étatique. Il donne des audiences dans certaines mosquées comme le qâdî y rend la justice et l'îmâm y fait la prière ; il reçoit dans certains pays un traitement. Mais là même où le muftî est fonctionnarisé, il y aura encore des muftî libres, à côté du muftî officiel. Les personnes qui sont aptes à fournir les fatwas sont celles qui possèdent la maîtrise des sources principales du droit musulman. Ibn Haldun met en garde les autorités contre les muftî qui ne possèdent pas les qualifications requises pour la fonction. Cet auteur dit : « En ce qui concerne le muftî, le calife doit choisir, parmi les docteurs de la loi et les professeurs, ceux qui sont les plus qualifiés. Il doit les aider dans leur tâche et barrer *la route aux incapables. Car c'est une*

fonction d'intérêt public pour la communauté musulmane. Le calife doit prendre garde d'empêcher des personnes non qualifiées de devenir mufti et d'égarer le peuple. ²³¹»

Les conditions d'aptitude seront pour les deux catégories, l'honorabilité, et la connaissance de la loi. Au début on exigera la qualité de mudjtahid. Par la suite on devra se contenter d'une science suffisante. Il est tout naturel que l'iftâ ou pratique de la consultation juridique achemine le muftî vers le judicature, dont la masûra est, en quelque sorte l'antichambre.

Le juge qâdi, doit être assisté de témoins, pour assurer à bien sa fonction judiciaire.

§3 : Les adul : témoins du quadi

43. Les témoins du juge, sont le deuxième élément de l'organisation de son prétoire, mahkama. Ce sont des hommes, justes, présentant les qualités de probité et de moralité réunies dans le terme de adâlâ. En droit musulman la preuve par excellence est le témoignage ; l'écrit, en soi, est sans valeur parce qu'il peut faire l'objet d'un faux, c'est pour cela que l'on exige des adul, la droiture et une bonne moralité.

C'est au qâdi selon les juristes musulmans, de vérifier ces qualités chez les adul. Ibn haldun soumis cette mission au qâdi parce que dit-il : « Les choses peuvent manquer de clarté et le qâdi est le seul à savoir qui est digne de confiance et qui ne l'est pas. C'est pourquoi il autorise à témoigner uniquement ceux dont la probité, adâlâ est certaine, pour que les intérêts et les transactions des particuliers soient en de bonnes mains. ²³²». Dans les débuts, lorsque les témoins, produits à l'audience paraissaient de moralité douteuse, le qâdi procédait à une enquête, dite tazqiyya, qui aboutissait à un agrément ridâ ou une reproche tagrîh.

Le qâdi après s'être assuré de la moralité d'un individu, le reconnaît, d'ores et déjà comme un témoin véridique, dont il n'admettra pas, en principe, la récusation devant son tribunal ; constatant sa valeur morale il en fait un témoin, d'avance agréé. La preuve peut ainsi être préconstituée : il suffira de demander à ce témoin de prendre acte de tel fait, de telle transaction. L'écriture sous la forme d'une consignation des dépositions, assurera ensuite la conservation de la preuve.

²³¹ Al muqaddima, p. 341.

²³² Op. cit. p. 349.

L'originalité du système des *âdûl* suivant les expressions de Louis Milliot : « réside dans le fait que la preuve *du contenu du document ne résulte pas de l'écrit lui-même, mais des témoignages qui y sont consignés. Il faudra donc que l'écriture soit certifiée par d'autres témoins ; c'est-à-dire que, lorsque le témoin adl aura consigné par écrit les déclarations dont on l'aura requis de prendre acte, d'autres témoins viendront affirmer que l'écriture est bien de lui.*²³³ ». Même lorsque l'écriture sera largement employée dans les transactions juridiques, même lorsque les greffes réguliers, avec tout ce qu'ils comportent de pièces et d'archives, seront constitués auprès des tribunaux, la preuve du contenu des documents privés et publics résultera, comme le constate Emile Tyan²³⁴, non point de l'écrit en soi, mais des témoignages qui y figureront. C'est pourquoi, tous les actes sous seings privés ou authentiques seront toujours certifiés par deux témoins, au moins.

Les expéditions des jugements porteront en tête une formule courante : « Ceci est ce qui a été certifié par les témoignages des témoins, ou bien, s'adressant aux témoins, le juge dit : « Je vous prends à témoins de mon jugement. ». La propre écriture, le cachet, la signature d'un juge sur un acte, dit Ibn Farhun²³⁵, ne lui confèrent aucune valeur probante s'ils ne sont pas certifiés par des témoins. Emile Tyan dit que : « *l'usage de l'écriture ne s'est développé que sous le couvert du témoignage.*²³⁶ ». L'écriture en soi, n'avait aucune valeur ; seul le titre écrit ne peut pas constituer une preuve. Si quelqu'un dit : j'ai bien rédigé de ma main un acte qui porte que je déclare me reconnaître débiteur d'une somme de cinq cent francs envers telle personne, cet écrit n'en resterait pas moins dépourvu de toute valeur. Emile Tyan qui commente ce passage dit : « A plus forte raison, si le demandeur produit un *titre reconnu, par une vérification d'écritures, comme rédigé de la main du défendeur*, celui-ci ne pourrait être condamné sur la foi du titre²³⁷. ».

La fonction du témoin légal qui est primitivement la relation orale d'un fait que l'on a vu ou entendu, a fini par perdre sa nature propre pour devenir une simple certification écrite du

²³³ Ibid. p. 702.

²³⁴ Op. cit. p. 237

²³⁵ Op. cit. II. P. 37 et s.

²³⁶ Op. cit. p. 237.

²³⁷ L Fatawi al-hindiyya, cité Emile Tyan, le Notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman, 2^e éd. P.5.

contenu d'un écrit. Cette transformation de la fonction avait donné naissance à une nouvelle charge proprement dite de notaire, ou témoin instrumentaire, appelé également adûl.

L'évolution, donc, du système probatoire musulman, du témoignage exclusivement oral vers la reconnaissance de la preuve écrite, avait comme conséquence directe la création de la profession de notaire. Au cours de son évolution la profession en question finit par prendre la forme d'une institution autonome, assortie de règles propres. Rappelons juste que dans la pratique notariale que ce fut la fonction qui a engendré l'organe. Ibn Haldun cite le notariat parmi les fonctions religieuses du califat, il dit : « La fonction de témoins légal, adûl est de caractère religieux. Elle dépend du qâdî et relève de son tribunal. Le témoin légal témoigne, *avec l'agrément du qâdî, à charge ou à décharge*. Il sert de témoin si besoin est, témoigne aux procès et tient les registres inventaires des droits. Telle est la fonction de témoin instrumentaire.²³⁸ ».

Dans certains ouvrages de droit, des chapitres distincts et étendus traitent de la pratique notariale que l'on considère, désormais, comme une sinâ'a ou profession qualifiée. Des textes législatifs la réglementent comme telle. Une terminologie servira à désigner tout spécialement la pratique notariale. Le terme shahid, suhud, continuait à être employé pour désigner les notaires. Adâla, âdil, sont très fréquents dans les ouvrages de certains auteurs de madhab. Une autre expression désignant la pratique notariale est celle du sûrût on trouve sârât ou kâtib al-sûrût, pour désigner l'agent qui occupe la profession du notariat. Un autre terme, qui paraît avoir cours spécialement en Orient, est celui de sakkak, qui rédige les sakk, actes ou documents juridiques. Joseph Schacht reconnaît dans les origines du terme moderne du chèque, le terme sakk arabe.²³⁹

Dans l'Occident musulman, les termes de kitâbat al-wataîq tawtîq, pour désigner les notaires, sont les plus fréquents.

On assiste en droit musulman à un fort développement des juridictions religieuses, ces nouvelles juridictions jouent un rôle central d'assistance à la juridiction centrale du qâdî.

²³⁸ Ibid. p. 5.

²³⁹ Op. cit. p. 70.

Section 3 : Naissance de nouvelles juridictions

44. Dans cette section il sera question d'étudier les nouvelles juridictions qui ont apparu dans le champ judiciaire musulman et qui ont été repris par le droit musulman comorien. On retiendra dans cette étude, les plus importantes de ces juridictions, à savoir, les mazâlim (§1), le qâdî al-askar (§2) et la sûrta (§3)

§1 : la juridiction des mazâlim

45. Les mazâlim est un organisme institué par le pouvoir central pour venir en aide au tribunal du qâdî, dans les situations déterminées et bien précises²⁴⁰. C'est au sujet de cette juridiction que s'exprime Ibn Haldun lorsqu'il dit que : « *Le pouvoir exécutif vient à l'appui du judiciaire.* »²⁴¹. Ce soutien de l'exécutif, qui était au début, simplement occasionnel, finira par se transformer en une aide institutionnalisée. Nous avons déjà noté que la juridiction du qâdî musulman avait connu une vaste extension quant à ses attributions, à tel point que toutes les tentatives occasionnelles d'intervention de la part de l'Etat à dessein de diminuer de cette étendue, se soldèrent par des échecs. On peut noter aussi la faiblesse du juge musulman vis-à-vis de certaines personnes puissantes : il pouvait arriver parfois que le juge musulman ne parvienne pas à appliquer sa décision à l'encontre de certaines personnes puissantes et notamment des personnalités politiques, des riches ; ce qui remet toujours en cause en Union des Comores le principe d'indépendance, d'impartialité et de neutralité du juge musulman.

C'est dans ces conditions qu'intervient l'institution du nazar fî al mazâlim. Pour abrégé, nous emploierons assez fréquemment le terme de mazâlim au lieu de nazar fî al mazâlim. Ce dernier terme utilisé sous sa forme pluriel signifie injustice, mauvaise action, etc. Mazâlim est le pluriel de mazlima. Dans un sens plus large, mazlima signifie selon la définition d'Ibn Manzûr : « *Tenir une chose dans un lieu qui n'est pas le sien.* »²⁴². L'antonyme de mazlima est le terme adl, justice. Indépendamment du sens que nous venons de donner au terme de mazâlim, ce dernier n'a pas étymologiquement, un sens spécifique, servant à désigner une notion bien précise, encore moins l'institution connue sous ce nom. Mazâlim, pluriel de mazlama avons-nous dit, dérive du terme zulm qui sert à désigner la violation d'un droit,

²⁴⁰ Remald, L'institution de Diwâ al-mazalim, éd., Maghrébines, Casablanca, 2002.

²⁴¹ Al-mawâid wal itibar, dâr sâder, Beyrouth, 1940.

²⁴² Op. cit. p. 344

d'un intérêt légitime et, plus généralement, le fait de subir ou de faire subir un préjudice de quelque ordre qu'il soit, d'une façon imméritée. Par extension, mazâlim, vient à désigner le bien même acquis injustement. Les sommes d'exactions commises par des fonctionnaires prévaricateurs sont ainsi appelées des mazâlim.

De ce terme découle le verbe tazallama, se plaindre d'une violation de droit, ou d'intérêt, d'un préjudice immérité. C'est pour cette même raison que nous considérons que la traduction du terme mazâlim par le terme exclusif de, torts, serait insuffisante, ne fut-ce que dans son acception la plus large. Le terme de mazâlim, dit Emile Tyan : « Implique aussi, dans la généralité des cas, un sens de supériorité, de force incoercible, de la part de l'auteur du préjudice à l'égard de celui qui le subit, qui enlève à celui-ci le moyen d'obtenir satisfaction par les moyens légaux ordinaires. L'impuissance du juge peut se manifester, soit après le jugement, le magistrat n'arrivant pas à en assurer l'exécution, soit même avant tout jugement, le magistrat n'osant pas convoquer un plaideur à comparaître devant son tribunal ou, l'ayant convoqué, n'arrivant pas à le forcer à comparaître.²⁴³ ». Une telle situation peut-être mal comprise dans un pays de droit comme la France, où toute personne quelle que soit sa puissance, sa place dans la société, hormis le cas des personnes bénéficiant d'une irresponsabilité civile ou pénale ou d'une immunité particulière, peut être traduite devant une juridiction pour répondre de ses actes.

C'est une aberration au fondement même de la justice qui est « rendre la justice ». La justice synonyme de droiture, d'intégrité, de probité est un principe moral de conformité au droit positif, ou au droit naturel d'où les expressions « faire régner la justice », « en bonne justice²⁴⁴ ». Même si, par rapport au nombre immense des relations qui se nouent et se dénouent journallement dans un pays, le procès demeure l'exception, il est important de poser le principe suivant lequel toute situation juridique doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle, d'une vérification de sa régularité par un tiers qui a la qualité de juge. Ce contrôle éventuel, potentiel, constitue une garantie essentielle du respect des libertés fondamentales, publiques et privées, des droits fondamentaux des citoyens. Frédéric II de Prusse n'a-t-il pas déclaré que « Si l'injustice a trouvé un moyen d'embrouiller les affaires, il faut que la justice ait un art de les débrouiller²⁴⁵ ». ».

²⁴³ Histoire, op. cit. p. 463.

²⁴⁴ Ainsi entendue, la justice sociale tend à réduire les inégalités entre les hommes en assurant la juste répartition des richesses ; la justice individuelle procure à chacun ce qui lui est dû.

²⁴⁵ Préf. Au Code Frédéric, Exposition abrégée du plan du roi pour la réformation de la justice, XV.

Le sens juridique qui est retenu pour définir la juridiction des mazâlim est celui qui considère que les mazâlim sont les faits que le juge se trouve impuissant à réprimer et que peut réprimer un personnage plus puissant. Tel est le sens retenu par al maqrîzî²⁴⁶. D'après la doctrine, le fait des mazâlim, n'est pas spécifiquement différent du fait d'injustice relevant de la juridiction ordinaire. C'est seulement le fait d'injustice que le juge ordinaire n'arrive pas à réprimer et à sanctionner en raison de la puissance supérieure de son auteur. C'est dans ces circonstances que devait intervenir la juridiction des mazâlim, car, celle-ci, dit Ibn Haldûn : « *Exigeait d'un pouvoir supérieur et devait inspirer une crainte salutaire pour châtier celui des deux plaideurs qui faisait tort à l'autre, et réfréner les atteintes au droit d'autrui.* ». En somme, le juge de cette juridiction, ajoute Ibn Haldûn : « *Fait exécuter ce que les qâdî et autres juges ne peuvent faire exécuter.* »²⁴⁷.

La fonction des mazâlim selon al- qalqasândî consiste à : « *Rendre la justice à la victime d'un tort contre celui qui est l'auteur, délivrer celui qui a raison de celui qui a tort, secourir le faible contre le puissant, assurer l'observation des règles de justice dans le royaume.* »²⁴⁸. Al-Mawardi définit les mazâlim comme ceci : « *Les mazâlim consiste à assurer la justice en mettant à son service une force supérieure* »²⁴⁹. C'est pourquoi, ajoute cet auteur que : « *Le titulaire de ces fonctions doit être un personnage dont l'autorité est indiscutable, dont la puissance peut prévaloir contre toute puissance contraire... ; il doit posséder une influence.* »²⁵⁰. Le titulaire qui devait siéger, donc, aux mazâlim, doit posséder, de ce fait, une autorité personnelle et une influence incontournables face à toutes situations et face à tous individus. La chronique rapporte que dans la seconde moitié du l'hégire, le poste de qâdî de la ville de Bassora étant devenu vacant, Abd al- Rahmân Ibn Mahdî, fut proposé comme présentant toutes les qualités requises d'un magistrat ; mais sa candidature fut en définitive écartée, parce que, dit le texte : « *Il n'avait pas un clan, asîra, capable de le soutenir et de le défendre envers un puissant personnage contre lequel il viendrait à prononcer une condamnation.* »²⁵¹.

²⁴⁶ Op. cit. III. 336.

²⁴⁷ Ibid, p. 344.

²⁴⁸ Op. cit. VI. 205.

²⁴⁹ Op. cit. p. 125.

²⁵⁰ Ibid, p. 125.

²⁵¹ Ibn Al-Hatib, I, 242, cité par Emile Tyan, op. cit. p. 437.

§2 : La juridiction du Qâdî al-askar

46. Nous devons le rappeler ici, que la fonction du qâdî al-askar ainsi présentée ne devrait pas conduire à penser qu'il s'agit d'une juridiction particulière, intéressant une classe particulière de la population. Dans le système d'organisation judiciaire islamique, faut-il le rappeler, il n'est pas retenu, d'une façon générale, la qualité du justiciable pour la détermination de la compétence. Tous les musulmans de quelconque des catégories sociales auxquelles ils appartiennent sont les justiciables du qâdî ordinaire. Il n'existe pas une justice réservée aux bourgeois, aux nobles ou aux roturiers.

Il faut noter que le statut du qâdî al-askar n'est pas de nature différente de celui du magistrat ordinaire ; et il n'y pas un corps de magistrature des qâdî al-askar distinct du corps de la magistrature ordinaire. Les auteurs parlent d'un qâdî institué pour connaître des litiges entre militaires. La fonction qu'exerce le qâdî al-askar est le qadâ proprement dit. Le qâdî ordinaire peut être désigné pour connaître des litiges entre les militaires mais cette désignation ne l'empêchait pas de retrouver ultérieurement ses fonctions de qâdî ordinaire. On pouvait alternativement être qâdî al-askar et qâdî ordinaire. « Un même magistrat passe normalement d'un poste de qâdî al-askar à celui d'un qâdî ordinaire et vice-versa. ²⁵² ».

Le qâdî al-askar signifie littéralement le juge des soldats, juge de l'armée ; et qâdî al-askar désigne la juridiction des soldats. En règle générale, cette charge désigne le magistrat institué pour juger les procès impliquant les troupes de soldats détachées dans les territoires conquis. En Union des Comores cette juridiction a été instituée pour connaître tout simplement les litiges entre militaire et particulier parce que le militaire est considéré comme agent dépositaire de la fonction publique échappant aux juridictions de droit commun. Cette juridiction est compétente pour tous litiges entre militaires.

Quant à sa nomination, le qâdî al-askar est un juge religieux, nommé en principe par le calife, ou par voie de délégation par le gouverneur ou par le qâdî al qudât. En Union des Comores le qâdî al-askar est nommé par le pouvoir politique après avis du qâdî al qudât.

²⁵² Emile Tyan, L'Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam, leiden, p. 531. 1960.

Quant à la compétence du qâdî al-askar, par sa qualité de juge du corps de l'armée, il est amené à juger les litiges relatifs au partage du butin de guerre, de la succession, et la répartition de l'héritage, lorsque le de cujus est un membre de l'armée, à organiser les contrats de vente, de société et les créances d'argent, conformément aux dispositions de la charia.

§3 : La juridiction de la surta

47. Il s'agit avant tout d'une juridiction répressive. Avant de nous pencher sur l'étude de la juridiction de la surta, il est utile de commencer par exposer brièvement la théorie musulmane du droit pénal telle qu'on la retrouve exposée dans les compilations des jurisconsultes. Cet exposé sera, d'autant plus utile, qu'il nous permettra de limiter les attributions de la juridiction de la surta, en même temps qu'il nous servira à la situer par rapport à la juridiction du qâdî ordinaire.

Suivant les remarques de certains auteurs modernes, la juridiction de la surta est créée dans le dessein de pallier les insuffisances de la procédure judiciaire ordinaire du qâdî musulman. Emile Tyan dit : « *On peut dire que c'est sur une question de procédure qu'à échoué, en fait, la compétence du qâdî, en matière répressive : c'est parce qu'il a toujours été admis que le qâdî ne pouvait juger que conformément aux règles strictes de la procédure ordinaire, alors que ces règles étaient insuffisantes pour assurer efficacement la répression, que la juridiction répressive fut toujours, en fait, distraite des attributions du magistrat ordinaire.* ²⁵³ ». Selon Schacht : « *Lorsque, sous les premiers Abbassides, l'office du qâdî fut séparé de l'administration générale et fut lié par la Loi islamique, aussi bien pour la matière que pour la procédure, les règles formelles de cette loi touchant la preuve empêchèrent le qâdî d'entreprendre une enquête criminelle, et son incapacité à traiter les cas pénaux devint évidente. Les pouvoirs politiques intervinrent donc et transférèrent à la police, surta, l'administration de la plus grande partie de la justice criminelle qui demeura normalement en dehors de la sphère d'application pratique de la Loi islamique.* ²⁵⁴ ».

La surta est le terme donné pour l'organisme qui, dans les Etats musulmans, avait pour mission l'exercice de la force publique et de la justice répressive. D'après al- qalqasandî, le terme surta dériverait du terme sarat, qui implique le sens d'insignes. Mais surta dériverait,

²⁵³ Ibn Abdun, op. cit. p. 11 et également Emile Tyan. Voir journal asiatique, 1934, pp. 199-202.

²⁵⁴ Op. cit. p. 50.

selon une autre opinion citée par al-qalqasandî, toujours du terme sarat, mais pris dans un sens différent du précédent, à savoir : les détritrus, les déchets de quelque chose. Par extension, on considère les criminels et les gens sans aveu comme les déchets du corps social ; et parce que les agents de la force publique ont pour fonction de poursuivre ces individus, on a donné à cette fonction le nom de surta. Mais le sens qui est adopté dans les dictionnaires arabe les plus autorisés, surta dériverait du verbe asrata que signifie : séparer une chose d'une autre, en vue d'une destination précise.

Au sens figuré, on dit, asrata fulan nafsahu likada, c'est-à-dire : consacrer son activité à un but déterminé. Dans le même sens, surta a servi à désigner la formation d'élite d'une armée que le chef destine aux opérations les plus importantes et les plus dangereuses. Il est admis en général que le terme surta, désigne toute formation qui s'est distinguée particulièrement, par ses qualités, dans un groupement général. Plus largement, il désigne, selon les définitions que nous trouvons dans les dictionnaires de référence, tels que, le tâg al-Arûs, ou le lisân al-Arab, corps d'élite, la troupe de choc dans une armée. Selon la définition que donne Al-Azharî : « Le terme surta *signifie qu'une chose est meilleure que d'autres, d'où le terme al-sârt qui désigne l'élite de l'armée, comme il peut désigner le groupe de soldats qui précède une armée...* ».

En conséquence de ce qui vient d'être dit, la surta serait le terme qui a désigné l'ordre juridictionnel choisi spécialement pour assurer la sûreté dans l'Etat. L'agent affecté à cette mission est appelé surtiyy, cette appellation est toujours en usage dans les Etats arabes contemporains. D'autres termes vinrent désigner l'organisme de la force publique, tels que ahdât et celui de muawin, employés, tantôt séparément, tantôt les deux groupés²⁵⁵. La force gardienne de l'ordre public s'appelle, par abus de langage, ahdât, événements, actes qui troublent l'ordre public, parce qu'elle a pour mission de prévenir et de réprimer de tels actes²⁵⁶. Chez Ibn Haldun, ahdât recouvre une explication d'une autre nature. Les ahdât, selon cet auteur, est amené à signifier : « Jeunes gens, sous-entendu : auteurs de troubles à l'ordre public.²⁵⁷ ». Le terme muawin est un autre terme qui vient à désigner la force publique. Muawin dérive de awn qui signifie : aide. Or, la force publique est une aide pour l'exercice de l'autorité publique.

²⁵⁵ Emile Tyan, op. cit. P. 575.

²⁵⁶ Ibid. P. 575.

²⁵⁷ Târih. III, 430.

Parmi les attributions que l'on reconnaissait à cette troupe d'élite était spécialement la sauvegarde de l'ordre public dont la mission était de réprimer les insurrections et de mater les dissidences. Selon Ibn Haldun, « les attributions de la surta *étaient doubles. D'une part, son titulaire devait chercher à enquêter sur les crimes et, d'autre part, il lui fallait appliquer les peines légales. La loi religieuse, ne saurait se contenter de simples présomptions : elle ne peut que veiller à l'application des peines. Tandis que le pouvoir politique, lui, doit mener les enquêtes criminelles. Il a recours pour cela, au magistrat, lequel, une fois en possession de toutes les preuves, oblige le coupable à avouer, dans l'intérêt général*²⁵⁸. ».

La citation d'Ibn Haldun souligne un trait particulier dans les attributions dévolues au sahib al-surta. Ce dernier avait compétence, en cas d'homicide pour meurtre et pour les blessures, d'appliquer le talion à la place des ayants droits²⁵⁹. D'après la formule employée par certains juristes, le droit du particulier devient le droit d'autoriser les pouvoirs publics à exercer le qisâs. On arrive enfin, à une formule générale très nette : le principe, en matière de lésions corporelles ou de meurtres, est que l'homme ne peut se faire justice à lui-même, car la fonction du juge est précisément faite pour départager les plaideurs.

Les auteurs distinguent généralement entre quatre catégories d'attributions de la surta :

- Attribution de police.
- Attribution de juridiction répressive, comportant le pouvoir de poursuite et de jugement.
- Un pouvoir exécutif, consistant dans l'application des peines et l'exercice de l'administration pénitentiaire.
- Un pouvoir exécutif, consistant à prêter main-forte aux magistrats judiciaires pour l'accomplissement des actes de procédure et de l'exécution des jugements.

²⁵⁸ Op. cit. P. 391.

²⁵⁹ En matière de qisâs, le talion, le droit musulman attribue expressément à la famille du meurtrier la capacité d'exercer le droit de vengeance sur la personne du meurtrier. Or, avec l'institution de la surta, la règle fut instaurée dans le sens que l'application du talion ne relevait plus de la compétence des ayants droits, mais de la compétence de la surta.

C'est en vertu également de son statut de magistrat judiciaire que le sahib al-surta avait compétence à juger les délits tout en procédant à l'application et à l'exécution des peines.

L'importance des normes non officielles va de pair avec la faible capacité de l'Etat à produire des règles du jeu uniformes et acceptées par tous et à les faire respecter. De ce fait il est nécessaire de régulariser le système en instaurant un seul ordre juridique, en unifiant les institutions judiciaires.

Les normes juridiques officielles et officieuses sont fortement instables, non cristallisées, non stabilisées, malléables. Il en résulte une importante marge de négociation, et ceci à tous les niveaux, à l'échelle domestique comme à l'échelle villageoise ou à l'échelle des rapports avec l'administration.

Il est encore nécessaire que le pays garde bien les traits du système français en écartant la coutume du système écrit. La coutume ne doit pas avoir la même place que la loi écrite. Nécessité de primauté du système étatique qui lui, est écrit du système ancestral et religieux qui, eux restent non écrits.

En Roumanie, jusqu'au début du XIX^e siècle, la coutume était une source principale de droit²⁶⁰. Elle était connue dans l'histoire comme jus valachicum ou jus valachorum (le droit des roumains) ou coutume lex terrae (la loi du pays ou la loi de la terre). Aux Comores la coutume n'a jamais connu une telle prépondérance juridiquement parlant, ce qui rend facile sa mise sous tutelle du système étatique.

De l'unicité de l'ordre juridique étatique découle l'unicité du juge étatique qui est compétent à l'égard de toute matière et pour toute la population, y compris les étrangers vivant sur le territoire. Par conséquent, garantir une telle situation, il est indispensable d'écarter toute diversité juridictionnelle. Se faisant, la Constitution du pays doit garantir dans son contenu un caractère unique et étatique du système judiciaire.

Pour revenir sur la question du pluralisme juridique, l'édifice de la théorie du droit est particulièrement abrupt et difficile à franchir, mais cela ne signifie pas qu'il est

²⁶⁰ BOCANCEA Cristian, *La Roumanie du communisme au post-communisme*, Paris, L'Harmattan, 1998. ; GLATZ Tudor Alexandre, *L'adaptation du droit roumain aux exigences communautaires*, thèse, ParisII Panthéon-Assas, 2001.

infranchissable. Pour cela, il faudrait commencer par ne pas céder au constat traditionnel : « *si le droit est droit, c'est qu'au premier chef le droit étatique est droit*. Partant de cette certitude, il devient normal de juger de la qualité des autres phénomènes qui *pourraient potentiellement constituer du droit à l'aune de certaines caractéristiques de ce véritable droit* ²⁶¹ ».

De cette démarche il s'ensuit inévitablement la plupart des échecs des théories pluralistes du droit admissibles au rang de véritables théories du droit, venant de la reconnaissance de la faculté exceptionnelle de captation du système juridictionnel étatique. Si la clôture du système paraît l'exclure a priori, elle l'explique au contraire en « refermant » le système sur toute forme de normativité qu'elle intègre comme juridique. Dès lors que celui-ci admet l'existence d'une normativité extérieure à l'Etat il a pour effet l'absorption de cette normativité dans la normativité étatique. Pour preuve, on citera encore et longuement J. –G. Belley dans l'ouvrage dirigé par P. Gérard, F. Ost et M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé* : « *L'admission de principe du pluralisme juridique n'est pas nécessairement incompatible avec le paradigme classique de la science du droit. Elle se concilie, en effet, avec la théorie juridique et politique dominante si elle s'accompagne de l'idée que les conflits auxquels donnera lieu la coexistence des ordres juridiques seront résolus en dernière instance par le droit étatique en vertu de sa position souveraine dans le système général de droit correspondant à la société globale* ²⁶² ».

Le pluralisme juridique de la justice comorienne ne connaît pas seulement celui des juridictions traditionnelles et celui des juridictions religieuses, mais aussi celui des juridictions étatiques, modernes d'inspiration coloniale française.

²⁶¹ LEBEL-GRENIER « Pour un pluralisme juridique radical », Université McGill, Montréal, 2002, p. 34.

²⁶² Belley ajoute que « en tout état de cause, un consensus s'établira autour de l'idée qu'un régime de pluralisme juridique ne saurait fonctionner durablement sans un centre juridiquement souverain ». Mais, ajoute-t-il encore, « à l'encontre de cette conception, je soutiendrai que la coexistence pacifique des ordres juridiques peut résulter d'un ordre négocié plutôt qu'imposé, ou, à tout le moins, que le fonctionnement d'un régime de pluralisme juridique ne repose pas exclusivement ou même principalement sur une organisation hiérarchique des juridictions ».

Chapitre III : Pluralité des juridictions étatiques

48. L'organisation juridictionnelle des Comores dépendait, jusqu'en 2005, de la loi du 23 septembre 1987²⁶³. Cette loi avait prévu l'établissement d'une Cour suprême, d'une Cour supérieure, d'une Cour d'appel, d'une Cour d'assises, des tribunaux de première instance, des justices de paix, et des tribunaux du travail. Depuis 2005, une nouvelle loi a modifié cette structure, supprimant la justice de paix.

L'organisation juridictionnelle comorienne admet le double degré de juridiction²⁶⁴, et s'érige en véritable héritier de son homologue français, même s'il existe quelques différences en raison de l'organisation politique fédérale du pays.

Pour être bien précis sur cette organisation juridictionnelle étatique, nous allons étudier cette répartition en commençant par les juridictions de premier degré (section 1) et la juridiction de second degré (section 2)

Section 1 : Le premier degré de juridiction

49. Notre étude ici, portera sur deux points essentiels. Dans un premier temps notre étude sera centrée sur les juridictions civiles (§1) et dans un deuxième temps on abordera le rôle déterminant de la justice pénale et de la nature de son juge (§2)

§1 : Les juridictions civiles

50. Il faut avant tout noter que l'expression juridictions civiles est très compréhensive, dans la mesure où elle englobe tous les tribunaux qui sont compétents pour examiner et régler les différends intéressant une personne privée : morale ou physique. Ces différends peuvent être de nature différente ; il peut s'agir de la défense d'un statut familial, d'un patrimoine ou des droits moraux ou patrimoniaux. On peut donner comme exemples les procès relatifs à la vente, au règlement d'une succession ou aux difficultés résultant d'un contrat de travail. Ce sont généralement les juridictions de la société civile qui reçoivent des

²⁶³ Loi fixant l'organisation judiciaire de la République fédérale des islamique des Comores ainsi que les principaux fondamentaux applicables aux litiges de droit privé.

²⁶⁴ La règle du double degré de juridiction est née d'une réaction aux excès perpétrés sous l'Ancien Régime où un plaideur devait parfois parcourir quatre à cinq degrés de juridiction avant d'espérer obtenir définitivement justice. Institué par l'Assemblée Constituante le 2 mai 1790, cette règle d'organisation juridictionnelle constitue une garantie essentielle de bonne justice.

Le premier degré de juridiction comprend différents tribunaux compétents en fonction de la nature de l'affaire. On distingue ici la juridiction de droit commun à compétence générale (A) et les juridictions d'exceptions et spécialisées (B)

A- La juridiction de droit commun à compétence générale

51. Deux points méritent d'être examinés, un premier point sur son organisation (1) et un deuxième point sur ses compétences (2)

1- Organisation

52. Il existe en Union des Comores, un seul Tribunal d'instance nonobstant l'organisation fédérale du pays, L'existence d'un seul Tribunal d'instance dans ce pays s'explique pour des raisons financières et d'effectifs.

Ce tribunal comprend un Président, deux juges au moins, un Procureur de la République et un greffier. On constate ici que cette organisation est presque le même que celui de la France hormis l'existence de plusieurs tribunaux de grande instance en France (qui compte 161 tribunaux de grande instance plus les sept dans les départements d'Outre-mer, avec au moins un tribunal par département²⁶⁵.

Le tribunal d'instance siège en formation collégiale soit en audience publique, ce qui est le principe, soit en chambre du conseil lorsque le tribunal statue en matière de procédure gracieuse²⁶⁶ quand la publicité peut paraître inopportune ou de nature à troubler l'ordre public, les débats ont alors lieu hors la présence du public et le tribunal juge à huis clos. Certaines fonctions du tribunal d'instance relèvent d'un juge unique. Mais afin d'assurer une plus grande sécurité au justiciable, la compétence du juge unique est limitée et il sera permis aux plaideurs de demander le renvoi de leurs affaires devant une formation collégiale²⁶⁷.

²⁶⁵ En France, voire l'ordonnance 58-1273 et par les décrets du 22 décembre 1958. D'autres modifications sont intervenues en 1983, 1994 et 2009. Le décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009 a modifié la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance.

²⁶⁶ Voir recueil des textes nationaux, 2011 en Union des Comores, aux art. 887- 893 pp. 163-164.

²⁶⁷ Art 810 et s du recueil nationaux, 2011.

De plus, il a été institué le juge unique de l'exécution, celui-ci étant en général le Président du tribunal d'instance, chargé de connaître les problèmes relatifs à l'exécution d'un jugement.

Les Tribunaux de première instance ; il s'agit de tribunaux institués dans chaque chef-lieu de chaque île autonome. Comme les Comores sont constituées de trois îles autonomes (la quatrième Mayotte, étant encore sous colonisation française, nous avons donc trois tribunaux de première instance : un à Moroni (Grande-Comore), un à Mitsamudu (Anjouan) et un à Fomboni (Mohéli).

Le siège de ces tribunaux est composé d'un Président, d'un vice-Président et des juges. Les fonctions du ministère public sont exercées par un Procureur de la République assisté d'un Adjoint et des substituts. Les tribunaux de première instance comprennent en outre un ou plusieurs juges d'instruction. Le greffe du tribunal de première instance est dirigé par un greffier en chef assisté de secrétaires Greffiers.

Ces tribunaux comprennent les chambres suivantes : chambre civile, chambre commerciale, chambre commerciale et enfin, une chambre sociale.

2- Compétences

53. Selon l'article 28 de la loi n°5-016/AU, du 20 décembre 2005, sous réserve des compétences attribuées par la loi à d'autres juridictions, les tribunaux de première instance sont juges de droit commun en premier ressort en toute matière.

Lorsqu'une demande reconventionnelle ou en composition aura été formée dans les limites de la compétence de ces tribunaux, il sera statué sur le tout sous réserve d'appel. Ces tribunaux sont aussi compétents en matière correctionnelle. Ils connaissent de tous les délits et les contraventions commis dans son ressort. Selon les articles 817 et suivant du Nouveau Code de Procédure Civile, le Président du tribunal de première instance est compétent d'ordonner en référé et sur requête.

Le tribunal de première instance siège en formation collégiale de trois membres au moins. Toutefois, il peut siéger en formation de juge unique en cas d'impossibilité de réunir un

B- Les autres types de juridictions : Les juridictions de spécialité

54. La classification portera sur les juridictions d'exceptions et spécialisées ; il en existe trois :

1. Les cours d'assises ;
2. Les tribunaux de travail ;
3. Les tribunaux de commerce ;

1- Les cours d'assises

55. Il y a autant de cours d'assises qu'il y a de cours d'appel en Union des Comores. Leur siège ordinaire est celui des cours d'appel. Toutefois, lorsque les circonstances l'exigent, le commissariat à la justice de chaque île autonome peut, après avis conformes du premier Président et du Procureur général de la cour d'appel, transporter ce siège dans une autre localité de l'île.

Le siège est composé d'un Président ; de deux magistrats assesseurs choisis parmi les Conseillers à la Cour d'appel ou à défaut un ou deux magistrats assesseurs du siège de la juridiction de première instance ; de six jurés titulaires et de six jurés suppléants.

La présidence est assurée par le premier Président de la cour d'appel ou, à défaut, par le Conseiller le plus ancien désigné dans le grade le plus élevé par ordonnance du premier Président de la cour d'appel. Les membres magistrats sont désignés par ordonnance du premier Président de la cour d'appel.

En France la cour est formée de trois magistrats professionnels dont le président est soit président de chambre, soit conseiller à la cour d'appel ; il y a le parquet, représenté par l'avocat général si le siège de la cour d'assises est celui de la cour d'appel, ou le procureur de la République ou son substitut, si le siège de la cour d'assises est celui du tribunal de grande instance ; le greffe, assuré suivant les mêmes principes ; le jury, composé de neuf jurés désignés par tirage au sort.

Les jurés sont choisis à partir des listes électorales par département puis par un tirage au sort pour la session d'assises. La défense peut récuser cinq jurés et l'accusation quatre, au

cours de chaque affaire²⁶⁸. Il serait judicieux de suivre ce modèle de choix des jurés sur listes par île puis par un tirage au sort pour une session d'assises afin d'éviter des choix un peu pistonnés.

Ce mode de choix des jurés permettrait de mettre fin à l'ancien mode de désignation des jurés par tirage au sort seulement, et pour chaque affaire. Sachant qu'en Union des Comores, les jurés sont tirés au sort pour chaque affaire, sur une liste de 20 personnes comprenant des citoyens âgés de trente ans au moins. Le candidat doit savoir lire et écrire l'une des trois langues reconnues par la Constitution de l'Union (le français, l'arabe et le chikomori) et jouissant de leurs droits civiques et politiques. La liste est arrêtée annuellement par le Commissariat à la justice de l'île.

Quant au ministère public, il est composé d'un représentant du ministère public choisi parmi les magistrats du parquet général et désigné par le Procureur général. Dans la plupart du temps, c'est le procureur général lui-même qui exerce les fonctions de ministère public. Le Greffe est fait d'un seul greffier.

La cour d'assises connaît en premier et en dernier ressort de tous les crimes et délits connexes dont les auteurs lui sont déférés par un arrêt de mise en accusation rendu par la chambre d'accusation.

En France, la cour d'assises est compétente pour juger des crimes et des délits et contraventions connexes à ces crimes. Elle est saisie par renvoi de la chambre de l'instruction ou par ordonnance de mise en accusation du juge d'instruction quelle que soit l'infraction commise (crime, délit, contravention), suivant le principe de la plénitude de juridiction²⁶⁹.

Elle est compétente la cour d'assise du lieu de la commission du crime ou du lieu de l'arrestation de l'accusé ou de sa résidence. En cas de risque de trouble à l'ordre public, l'affaire peut être renvoyée devant une autre juridiction²⁷⁰.

²⁶⁸ Art. 232 Code de procédure pénale français.

²⁶⁹ Art. 231 du Code de procédure pénale.

²⁷⁰ Art. 665 du Code de procédure pénale.

2- Les tribunaux de travail

56. L'article 30 de la loi organique relative judiciaire dans l'Union des Comores et dans les îles (voir supra.), a institué un tribunal de travail dans chaque chef-lieu de l'île. Ce tribunal doit connaître des différends individuels ou collectifs pouvant s'élever en matière du contrat de travail entre les travailleurs et leurs employeurs. Il est également compétent pour connaître de toute contestation s'élevant entre les travailleurs ou leurs représentants. Les employeurs et l'organisme de prévoyance ou de sécurité sociale.

Toutefois, cette loi n'a pas fait mention ni de la composition ni du fonctionnement de ce tribunal.

Ce vide nous ramène à la loi n° 84-108 portant Code du travail. Cette loi a prévu un tribunal de travail composé ainsi :

- Un magistrat du tribunal de première instance ; naturellement c'est le Président dudit tribunal ;
- Un assesseur employeur ;
- Un assesseur travailleur ;
- Un greffier doit impérativement assister aux audiences, il assiste le tribunal.

Nous ne devons pas perdre de vue que ce tribunal n'a jamais été mis en place malgré la coexistence permanente de différends entre employeurs et travailleurs. Pour trouver une solution à ce dilemme, il a été nécessaire d'attribuer compétence au tribunal de première instance.

3- Les tribunaux de commerce

57. Comme les tribunaux de travail, les tribunaux de commerce ont été institués par la loi organique susmentionnée, relative à l'organisation judiciaire dans l'Union des Comores et dans les îles. Et comme les premiers, ces derniers n'ont jamais vu le jour. Une loi

doit intervenir pour régir l'organisation et le fonctionnement de ces deux tribunaux importants dans un pays.

Mais en attendant la mise en place de ce tribunal, c'est la chambre commerciale instituée dans chaque tribunal de première instance qui reste compétente en matière commerciale. C'est la loi du 25 décembre 1994²⁷¹ qui définit la composition et la compétence de cette chambre.

Cette chambre commerciale est composée d'un juge du tribunal de première instance, du Président dudit tribunal assisté obligatoirement de deux assesseurs.

Elle compétente dans les matières suivantes :

- Les contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants ;
- Les contestations entre associés, d'une société commerciale ;
- Les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes, c'est-à-dire entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants.

La chambre commerciale exerce, en outre, toutes les compétences matérielles expressément dévolues par les textes au tribunal statuant commercialement.

§2 : Les juridictions répressives et leur juge

58. La justice pénale s'étend d'emblée comme « *l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire chargées d'appliquer la loi pénal* » Vu en tant qu'instrument, la justice pénale apparaît marquée du double signe de l'unité et de la différenciation. Unité d'organisation, puisque, en principe, ce sont les mêmes juridictions et les mêmes juges qui statuent en matière civile et pénale, d'où découlent tout à la fois une unité de juridiction, les mêmes principes fondamentaux gouvernent l'instance, et une unité de destin, les mêmes mouvements sous-entend l'évolution de la justice judiciaire, qu'elle soit pénale ou civile. Différenciation, qui se décline en plusieurs versions : diversité des juridictions pénales,

²⁷¹ Loi n° 94-040/AF du 2 décembre 1994.

certaines d'entre elles n'ayant pas leur équivalent en matière civile ; division interne à la justice pénale qui repose notamment sur une séparation organique des fonctions ; division externe car d'autres institutions, pénales ou non, sont également investies d'un pouvoir punitif²⁷². La justice pénale renvoie à un idéal, à l'exercice d'une « vertu parfaite²⁷³ ». Or, en Union des Comores il n'existe pas de Code de procédure pénale, il est utile de consacrer une partie sur le rôle du juge pénal et sur les principes qui s'imposent à lui comme à tous juges. Notre étude sera centrée sur un critère reconnu à tous juges, qui est celui de juge impartial (A) et ensuite sur le droit à un procès pénal équitable (B)

A- La nature du juge pénal : un juge impartial

59. Si le droit à un « juge sans préjugé²⁷⁴ » est une garantie fondamentale du procès équitable devant toutes les juridictions, dans le procès pénal ce droit prend un relief particulier en tant que garant du respect de la présomption d'innocence. Sera assurément un juge partial le juge qui considérera le présumé innocent ou pourra être soupçonné de le considérer comme un coupable avant même que celui-ci ne soit jugé.

Dans une conception large de l'impartialité, les voies de recours offertes au justiciable apparaissent pour lui comme une manière efficace de purger d'un vice de partialité la décision prise à son encontre²⁷⁵. L'on peut estimer aussi que le risque d'une justice partiale est considérablement atténué par la collégialité du tribunal²⁷⁶ ; même si le Conseil constitutionnel a détaché le principe de collégialité des exigences du procès équitable²⁷⁷.

²⁷² CADIET L. « Découvrir la justice », Paris, Dalloz, 1997. – CONTE PH. § MAISTRE DU CHAMBON P., « Procédure pénale », Paris, Aemand Colin, 4^e éd., 2002. – GIUDICELLI-DELAGE G., « La justice pénale en crise ? », Crises, Paris, PUF, 1994, 4, p. 93. – GUINCHARD S. § BUISSON J., « Procédure pénale », Paris, Litec, 2^e éd., 2002. – LOMBOIS C., « Rapport de synthèse », La responsabilité pénale des personnes morales, LPA, n° 120/ 6 octobre 1993, p. 48-55. – MERLE R. § VITU A., « Traité de droit criminel », Procédure pénale, Paris, Cujas, 2001. – PRADEL J., « Procédure pénale », Paris, Cujas, 2002-2003. – STEFANI G., « LEVASSEUR G. § BOULOC B., « Procédure pénale », Paris, Dalloz, 18^e éd., 2001. COLL. « La justice pénale », Justices, 1998, 10, Paris, Dalloz, 1998.

²⁷³ Aristote.

²⁷⁴ Cf. P. CROCQ, « Le droit à un tribunal impartial », Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 4^e éd., 1997, p. 359 et s., V. p. 373. Sur le droit répressif, cf. J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », Rev. Sc. Crim. 1990. 692 et s.

²⁷⁵ Cf. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, « La justice et ses institutions », Dalloz, 11^e éd., 2011, n° 97.

²⁷⁶ Cf. D. ALLIX, « Les droits fondamentaux dans le procès pénal », Montchrestien, 1997, p. 77 ; PH. NERAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », JCP 1978.I. 2980.

²⁷⁷ Cf. Cons. Const., déc. n° 75-56 DC du 23 juill. 1975, RJC, 32, et n° 95-360 DC du 2 fév. 1995, JO 7 fév., p. 2097.

Reste une acception plus étroite mais consensuelle de l'impartialité qui renvoie à plusieurs situations. Dite objective en droit européen, et s'exprimant à travers le principe de la séparation des fonctions répressives strictement entendu²⁷⁸, elle renvoie aux incompatibilités entre l'impartialité fonctionnelle et l'exercice successif de fonctions différentes (1) et l'impartialité fonctionnelle et l'exercice successif de fonctions du même type (2).

1- L'impartialité fonctionnelle et l'exercice successif de fonctions différentes

60. Comme on l'a observé, dans une « optique politique » de la procédure pénale, « la séparation des fonctions judiciaires est à la procédure pénale ce que la séparation des pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire est au droit public²⁷⁹ ». Autrement dit, un gage de démocratie. Il est en effet primordial pour un justiciable pénal de savoir que le magistrat qui a par exemple déclenché les poursuites à son encontre ne pourra ni le placer sous mandat de dépôt ni siéger au sein de la juridiction compétente pour le juger « La poursuite appartient au ministère public, *l'instruction aux juridictions d'instruction*²⁸⁰ ». La séparation des fonctions répressives est assurément l'une des manières de parer au danger de partialité de la justice des hommes. Respectant l'ordre d'entrée en scène des différents acteurs judiciaires du procès²⁸¹, l'on comprend bien que la philosophie de cette règle est avant tout de déclarer les incompatibilités attachées d'abord à la qualité de partie poursuivante mais aussi à celle de juge de l'instruction.

Le respect de l'impartialité fonctionnelle du juge pénal, implique de séparer strictement celui qui a pris des réquisitions dans une affaire, à celui qui doit l'instruire et à celui qui doit la juger. Il reste que la séparation des trois fonctions n'implique pas une absence totale de liaison entre les trois types d'attributions. Il faut alors veiller à ce que cette collaboration,

²⁷⁸ Par l'unanimité des grands auteurs d'ouvrages de procédure pénale bien connus (Ph. Conte et P. Maistre du CHAMBON, R. Merle et A. Vitu, J. Pradel, M.L. Rassat, G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc...) on notera que Mme Rassat ajoute aux trois fonctions traditionnelles celle « d'exécution ».

²⁷⁹ R. MERLE et A. VITU, « Traité de droit criminel », t. II, n° 390 et s. ; J. PRADEL, « Procédure pénale », Cujas, éd., 9, 1997, n° 7 et s. CONTE et P. Maistre du CHAMBON, « Procédure pénale », n° 71 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, « Procédure pénale », 6^e éd., n° 422 et s.

²⁸⁰ Loi du 15 juin 2000, article préliminaire du Code de procédure civile I al. 2. ; A. ESMEIN, « Histoire de la procédure criminelle en France », L. LAROSE et FORCEL, éd., 1882, p. 530.

²⁸¹ Il va de soi que la victime de faits pénaux ne saurait composer ultérieurement la juridiction compétente pour juger ces faits. Cf. CEDH, Demicoli c/ Malte, 27 août 1991, Série A, n° 210 « un journaliste auteur d'un article violemment critique à l'égard de deux parlementaires est jugé par la Chambre à laquelle appartenaient les deux députés critiqués par l'article litigieux ».

110 Première partie : La pluralité des juridictions : une pluralité assumée et organisée
voulue par les textes²⁸² ne conduise pas indirectement à la primauté d'un organe sur l'autre²⁸³. La séparation entre « *fonctions de poursuite et d'instruction* » découle en droit français, de la comparaison des articles 31²⁸⁴ et 49²⁸⁵ du code de procédure pénale. La Chambre criminelle²⁸⁶ a annulé au visa de l'article 6§1 de la CEDH, l'arrêt d'une chambre d'accusation dans laquelle siégeait le conseiller Y, arrêt confirmant une ordonnance de non-lieu rendue sur les réquisitions de Mme Y, premier substitut du procureur et épouse du conseiller.

La jurisprudence européenne consacre la même incompatibilité fonctionnelle. Ce fut le cas d'abord en matière militaire à propos du « magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires » de l'article 5.3. Dans une série d'affaires néerlandaises²⁸⁷, des insoumis se plaignaient d'avoir comparu devant l'« auditeur militaire » qui avait requis leur renvoi en jugement après les avoir placés puis maintenus en détention ; de plus la législation néerlandaise autorisait l'auditeur militaire à jouer le rôle de partie poursuivante devant le conseil de guerre. La Cour relève qu'en s'étant « engagé comme organe de poursuite dans le procès pénal intenté contre le militaire sur la détention duquel il avait exprimé un avis avant la saisine de la juridiction de jugement », l'auditeur militaire ne pouvait passer pour un magistrat indépendant des parties et donc impartial au sens de l'article 5.3.

La même solution a été étendue et retenue au droit commun dans l'affaire Jutta Huber c/ Suisse à propos toujours du magistrat de l'article 5.3, dans le sens ici instruction puis accusation²⁸⁸. Placée en détention préventive sur mandat d'arrêt d'un procureur de district, la requérante fut ultérieurement renvoyée en jugement devant le tribunal par un acte d'accusation dressé par le même procureur²⁸⁹. Tout en admettant que la Convention n'exclut

²⁸² Article 82, al. 2, du C. pr. Pén. : communication du dossier d'instruction au ministère public.

²⁸³ Voir J. PRADEL, « Procédure pénale », op. cit., n° 8 et s., R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 393 ; CONTRA, B. BOULOC, « L'acte d'instruction », LGDJ, 1965, n° 538 et 557.

²⁸⁴ Cette disposition confie l'exercice de l'action publique au parquet.

²⁸⁵ La charge de procéder aux informations est confiée au magistrat instructeur : pour autant un changement de fonction intervenu en cours de procédure ne saurait autoriser un même magistrat à connaître d'une même affaire sous deux « casquettes » successives.

²⁸⁶ Crim., 29 fév. 1996, Bull. crim., n° 99 ; Dalloz 1997. 141, comm. J. Pradel.

²⁸⁷ De Jong et autres. Van Der Sluijs et autres. Duinhof et autres c/ Pays-Bas, 22 mai 1984, Série A, n° 77, 78, 79.

²⁸⁸ 23 oct. 1990 Cour plén., Série A, n° 188.

²⁸⁹ Qui ne fut pas présent lors de l'audience de jugement.

pas « *que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions* », la Cour conclut qu'en l'espèce, « son impartialité peut paraître sujette à caution ».

Les choses sont encore précises en droit français : comme l'énonce l'article 253 du code de procédure pénale, « celui qui a fait un acte de poursuite dans une affaire soumise à la cour d'assises, ne peut faire encore partie de cette cour en qualité de président ou d'assesseur », même si la solution est ancienne²⁹⁰ et générale²⁹¹ à toutes les juridictions²⁹². De même, c'est essentiellement au nom de la séparation des fonctions de poursuites et de jugement que le Conseil constitutionnel²⁹³ a déclaré non conforme à la Constitution la procédure de l'injonction pénale. Dans le double objectif d'alléger la charge des juridictions correctionnelles et de faire baisser le taux des classements sans suite, la loi²⁹⁴ autorisait le parquet, à des conditions matérielles et formelles d'ailleurs strictes, à enjoindre à l'auteur de certains délits d'exécuter certaines obligations²⁹⁵. Invoquant tout à la fois la présomption d'innocence, la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire est la gardienne et surtout la séparation fonctionnelle ici étudiée, le Haut Conseil considère que, même avec l'accord de l'intéressé, le prononcé et l'exécution de certaines mesures « *ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique, mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rapelées* ».

Qu'il s'agisse du droit national ou du droit européen, il est des solutions acquises, il en est d'autres beaucoup plus incertaines. En droit interne, obéissent à une certitude au moins

²⁹⁰ Cf. par ex. Crim., 3 mars 1859, Bull. crim., n° 67.

²⁹¹ Crim., 15 mars 1960, Bull. crim., n° 148. Crim., 26 avr. 1990, Bull., crim., n° 418.

²⁹² Crim., 26 fév., 1997, Bull., crim., n° 78 ; JCP 1997. II. 22865, note H. MATSOPOULOU.

²⁹³ Déc. n° 95. 360 DC du 2 janvier 1995, JO 7 février, p. 2097. Cf. note J. PRADEL. « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », Dalloz 1995, chron. 171 et s. J. VOLFF, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », Dalloz, 1995, chron. 201 et s.

²⁹⁴ Le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire et à la procédure civile, pénale et administrative, fut définitivement adopté le 22 déc. 1994.

²⁹⁵ Réparation du préjudice causé à la victime, travail non rémunéré proche du TGI, remise de la chose, corps ou produit du délit, proche de la confiscation.

L'article 49, alinéa 2, du code de procédure pénale en général et l'article 253 en matière criminelle excluent clairement de la juridiction de jugement celui qui a instruit l'affaire. Sur le fondement de ces textes, et de plus en plus souvent de l'article 6.1 de la CEDH, la Cour de cassation interdit d'audience de jugement le magistrat instructeur qui a pesé les charges avant de procéder au renvoi de l'inculpé²⁹⁷ ; elle a appliqué la même prohibition à un juge qui, même sans avoir procédé à l'interrogatoire de première comparution, avait notifié l'inculpation, « ce qui impliquait un examen préalable du fond²⁹⁸ ». En revanche, les incompatibilités étant de droit étroit, le magistrat qui, lors de l'information, n'a pris qu'une décision de pure technique procédurale et a fortiori d'administration, n'impliquant aucune appréciation des charges, peut entrer dans la formation de jugement. Tel fut le cas du juge d'instruction qui s'était borné à « *signer une cédule ordonnant l'assignation d'un témoin* ²⁹⁹ » ; tel est celui du juge qui a rejeté une requête tendant à l'annulation de pièces du dossier de l'instruction³⁰⁰.

Très incertaines au contraire, sont les hypothèses dans lesquelles le magistrat instructeur a procédé à un acte d'instruction, juridictionnel ou non, impliquant de sa part un examen attentif des faits reprochés. Or, force est d'admettre qu'en ce domaine, de la jurisprudence française et de la jurisprudence européenne, la plus incertaine des deux est sans doute la seconde. Sur les mêmes fondements textuels que précédemment, la chambre criminelle a jugé que celui qui a statué « *en tant que juge des enfants remplaçant le juge d'instruction titulaire* », sur une seule demande de mise en liberté, ne peut composer la cour d'assises³⁰¹. De même, le conseiller de la chambre d'accusation qui a examiné, au second degré, les rejets

²⁹⁶ A l'égard des mineurs la confusion des fonctions peut s'expliquer par l'intérêt attaché à une meilleure connaissance du mineur (Crim. 7 avr. 1993, Bull. crim., n° 152 ; Dalloz 1993. 553, note J. PRADEL ; JCP 1993. II. 22151, note D. ALLIX).

²⁹⁷ Crim., 11 mars 1986, Bull. crim., n° 100 ; 6 nov. 1986 (Eschbach et Tétu), Bull. Crim., n° 328, D. 1987. 237, note J. PRADEL ; 7 avr. 1992, Bull. crim., n° 148 ; 27 juin 1996, Bull. crim., n° 279.

²⁹⁸ Crim., 18 mai 1976, Bull. crim., n° 168.

²⁹⁹ Crim., 10 févr. 1881, Bull. crim., n° 32 ; D. 1882. 45.

³⁰⁰ Crim., 17 oct. 1833, Bull. crim., n° 445 ; 30 avr. 1986, Bull. Crim., n° 151.

³⁰¹ Crim., 11 mars 1982, Bull. crim., n° 79.

de demandes de mise en liberté ne peut participer à la formation de la cour d'assises³⁰².

Comme ne cesse de le répéter la chambre criminelle, de telles décisions « impliquent nécessairement un examen préalable du fond de l'affaire ».

2- L'impartialité fonctionnelle et l'exercice successif de fonctions du même type

61. Il est rassurant qu'un juge qui a connu d'une affaire dans l'exercice d'une fonction soit mis dans l'impossibilité de connaître une seconde fois, dans l'exercice du même type³⁰³ de fonctions, des faits objets de ladite affaire. Deux situations méritent d'être distinguées : parfois les fonctions exercées non seulement sont du même type par exemple juger ou instruire, mais encore elles se déploient au sein de la même justice, la justice répressive et parfois, la même fonction de juger s'exerce à l'égard d'une même personne et pour des mêmes faits mais dans le cadre de deux justices distinctes : répressive et civile.

Qu'il s'agisse de juger une affaire ou même de l'instruire, on imagine mal que le juge qui a statué au premier degré puisse composer la juridiction appelée à examiner, au second degré, la décision litigieuse. La chambre criminelle³⁰⁴ l'a déclaré en un attendu particulièrement net eu égard au juge de jugement : « Attendu que la loi, en soumettant la même poursuite à un *double degré de juridiction* et en confiant l'examen du recours à un juge supérieur, a voulu assurer une garantie efficace à la justice ; que ce recours serait illusoire si le même magistrat pouvait, dans la même affaire, remplir son office devant les deux degrés de juridiction ». En usant quasiment des mêmes mots, la Haute juridiction a appliqué ce principe à la juridiction d'instruction³⁰⁵. Quant à l'article 733.1 du code de procédure pénale qui prévoit un recours du procureur de la République contre les mesures d'administration judiciaire prises par le juge de l'application des peines, il prévoit lui aussi utilement que ce dernier « ne peut, à peine de nullité, siéger au sein du tribunal saisi de l'une de ses

³⁰² Crim., 12 oct. 1982, Dalloz 1984. 610 ; 8 avr. 1982, Bull. crim., n° 152.

³⁰³ Il serait en revanche inexacte de prétendre qu'il s'agit dans ces hypothèses de l'exercice de « la même fonction ».

³⁰⁴ Crim., 23 fév. 1961, Bull. crim., n° 123 ; l'attendu de principe a été ensuite régulièrement repris. Cf. par Crim., 26 janv. 1982, Bull. crim., n° 31. La solution contraire bafouerait l'article 2 du Protocole n° 7 proclamant le droit au double degré de juridiction pour toute personne déclarée coupable d'une infraction ou condamnée.

³⁰⁵ Crim., 27 mars 1990, Bull. crim., n° 134 : « Attendu qu'en instituant la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré et en lui attribuant la connaissance des appels des ordonnances du juge d'instruction, la loi a voulu assurer une garantie efficace à l'administration de la justice ; que le recours à l'examen de la chambre d'accusation serait illusoire si le même magistrat remplissait son office dans les deux degrés ».

décisions³⁰⁶ ». Cependant, ne saurait être confondue avec cette hypothèse celle dans laquelle le juge statue sur la transgression par un condamné d'une décision prise par ses soins : « aucune disposition légale », énonce la chambre criminelle³⁰⁷, « *n'interdit que le juge de l'application des peines qui a fixé les modalités du travail d'intérêt général fasse partie du tribunal correctionnel appelé à statuer sur la violation de cette mesure* ». De même, le représentant du ministère public n'ayant pas pour fonction de juger, il importe peu qu'il ait occupé les mêmes fonctions à un stade antérieur de l'affaire³⁰⁸.

Au-delà du respect du strict double degré de juridiction, la Cour de cassation, inspirée par un souci de bonne administration de la justice, interdit au magistrat qui a participé à la décision de condamnation assortie du sursis de composer la juridiction appelée à examiner la demande de dispense de révocation dudit sursis consécutive à une autre condamnation³⁰⁹. Néanmoins, sauf à transformer l'exigence du principe séparatiste en un instrument de blocage de l'institution judiciaire, un prévenu ne pourrait plaider que le magistrat qui a participé à la juridiction compétente pour le juger pour certains faits ne peut composer la juridiction appelée à le juger pour des faits distincts des premiers mais répondant à la même qualification³¹⁰. Le risque de partialité n'est réel que si les mêmes faits sont examinés deux fois par le même juge. Encore faut-il en outre que le second examen de ces mêmes faits soit cadré, orienté par le premier comme c'est le cas lorsque le justiciable use notamment d'une voie de réformation de la première décision et non d'une voie de rétractation.

En effet, parce que contrairement à un appel³¹¹ par exemple, une opposition en matière correctionnelle³¹² « produit un effet extinctif qui, anéantissant la décision entreprise, restitue au même juge la connaissance entière du procès³¹³ », cette voie de recours relève de la

³⁰⁶ Article 733.1 al. 3 du code de procédure pénale.

³⁰⁷ Crim., 6 nov. 1986, Dalloz 1987. 237 et s., note J. PRADEL. Adde Crim., 15 juin 1994, Bull. crim., n° 242, Le juge qui a prononcé une peine d'interdiction temporaire du territoire français peut composer la juridiction saisie d'une demande de relèvement de ladite interdiction. Sur la question générale de « l'aptitude du juge à gérer les suites de sa décision », Cf. J. PRADEL, article préc., Revue sc. Crim. 1990. 705 et 706.

³⁰⁸ Crim., 6 mai 1996 précité note 25 ; adde Crim., 10 déc. 1990, Bull., crim., n° 370.

³⁰⁹ Crim., 27 fév. 1991, Bull., crim., n° 99.

³¹⁰ Crim., 15 mars 1994, Bull., crim., n° 97.

³¹¹ Soumis au principe de l'effet dévolutif. Pour le pourvoi en cassation, cet effet ne vise que les questions de droit. Cf. R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 740.

³¹² Ou la purge de la contumace en matière criminelle.

³¹³ Cf. R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 710

compétence du juge qui a rendu la décision par défaut. La chambre criminelle le dit et précise même que l'identité de composition des juridictions n'est pas en contradiction avec l'obligation d'impartialité édictée par l'article 6.1 de la CEDH³¹⁴. La Cour européenne a déclaré la même chose dans l'affaire Thomann c/ Suisse³¹⁵ ; le requérant estimait que le fait d'avoir été condamné par une juridiction dont la composition était identique à celle qui l'avait jugé par défaut violait la garantie d'impartialité objective énoncée par l'article 6.1 ; soulignant que les juges « ne sont en aucune manière liés par leur décision » et reprennent à *son point de départ l'ensemble de l'affaire* », la Commission, puis la Cour à l'unanimité, n'ont pas relevé de défaut d'impartialité en l'espèce.

Différente mais appelant autant de précautions est l'hypothèse dans laquelle le juge pénal est appelé à juger une personne dont, dans ses fonctions de juge civil, il a eu à apprécier le comportement faitif pour lequel elle risque une condamnation pénale. Tel n'est pas le cas³¹⁶, du juge qui statue en référé dans une affaire opposant un individu pratiquant l'art dentaire et un syndicat de chirurgiens dentistes, puis compose le tribunal correctionnel appelé à juger le premier pour exercice illégal de la médecine et publicité trompeuse. La chambre criminelle³¹⁷ rejette ici le soupçon de partialité : le référé, mesure provisoire³¹⁸ et ne préjugant pas au fond, conserve intacte la liberté du juge répressif de conclure ou non à la culpabilité du prévenu. Tel est en revanche le cas du juge civil qui, pour prononcer un divorce aux torts exclusifs d'un mari, aura dû examiner la réalité et la gravité de la faute à lui reprocher par son épouse ; comment imaginer que, appelé à juger ultérieurement cet homme pour sa faute désormais pénale, le juge ne soit pas défavorablement influencé par ses premières conclusions ? La chambre criminelle³¹⁹ a donc eu raison de casser et annuler, au visa de l'article 6.1 de la CEDH, l'arrêt rendu par la cour d'assises condamnant pour tentative d'assassinat un homme, divorcé à ses torts exclusifs en raison de cette même tentative

³¹⁴ Crim., 25 juill. 1989, Bull. crim., n° 296 ; Dalloz 1990. 226, comm. J. PRADEL.

³¹⁵ CEDH, 10 juin 1996, Rev. Sc. Crim. 1997, chron. 472.

³¹⁶ Tel ne pas le cas non plus du juge qui statue au pénal sur une non-représentation ou un enlèvement de mineurs après avoir statué au civil sur la garde (Crim., 19 avr. 1993, Bull. crim., n° 110) ou sur le transfert de l'autorité parentale (Crim., 6 fév. 1989, Bull. crim., n° 46) relative à ce mineur.

³¹⁷ Crim., 16 juin 1988, Bull. crim., n° 274, Dalloz 1988. 361, comm. J. PRADEL.

³¹⁸ Cf. Y. STRICKLER, « Le juge des référés, juge du provisoire », thèse dactyl. Strasbourg, 1993, p. 420 et s.

³¹⁹ Crim., 30 nov. 1994, Bull. crim., n° 390.

En revanche, lorsque les faits ayant motivé le divorce sont totalement étrangers à la prévention pénale, il va de soi que le soupçon de partialité n'a pas lieu d'être³²⁰. Les incompatibilités ainsi posées étant d'interprétation étroite, la chambre criminelle refuse parfois de censurer des situations dans lesquelles la distinction entre cause du divorce et cause de la condamnation pénale paraît bien artificielle. La Convention européenne des droits de l'homme exige au respect par les juridictions civiles comme pénales au fameux droit à un procès équitable.

B- Le droit à un procès pénal équitable

62. Le terme de « procès » vient étymologiquement du latin « *procedere* » qui signifie aller de l'avant. Cette origine terminologique renseigne cependant peu sur ce qu'est un procès. Il n'y pas une différence entre la notion de procès et celle de procédure. Il faut donc dépasser l'étymologie du terme pour déterminer ce qu'il recouvre cette notion. Les études qui portent sur la notion de procès elle-même sont rares. Pour Hervé Croze, « le malaise vient peut-être de ce que la notion serait plus sociologique que juridique³²¹ ». La procédure est une matière qui a longtemps été délaissée car elle est un droit sanctionnateur, souvent perçu comme une simple mécanique de réalisation des droits substantiels. Le terme est utilisé fréquemment mais sans que l'on prenne la peine de le définir. Pourtant, il est nécessaire de s'entendre sur le sens des mots. « Comment pouvons-nous justifier la prétention à tirer le *droit de mots qui n'ont plus de sens pour les juristes eux-mêmes, voire pour les justiciables, et dont nous ne saurions plus déceler les sens dont ils pourraient être dotés malgré tout par la définition*³²² ? ». Ainsi Paul Cuche, éminent processualiste du milieu du XXe siècle prenait le terme de procès civil dans des acceptions différentes à l'intérieur d'une même phrase : « L'instruction est cette partie du procès au cours de laquelle, d'une part, les parties précisent définitivement leurs prétentions et cherchent à les justifier, d'autre part, le Tribunal réunit les éléments de décision qui lui permettent de trancher le procès³²³ (au sens de litige) ».

³²⁰ Crim., 5 juill. 1994, Bull. crim., n° 265 ; Dalloz 1995. 143, comm. J. PRADEL.

³²¹ CROZE Hervé, La notion de procès, 1996.

³²² A-t-il déclaré C. Atias, 1997.

³²³ P. CUCHE, 1954.

Et selon Henri Lévy-Brühl définit le procès comme « un mécanisme juridique ayant pour fonction de faire établir, au nom du groupe social, un fait ou un droit contesté ».

Quant à la notion d'« équitable », celle-ci est l'adjectif dérivé du mot « équité », qui est un terme polysémique. La notion d'équité est entendue comme synonyme de juste milieu, égalité proportionnelle, et juste. Portalis, dans le discours préliminaire sur le projet de Code civil, définit l'équité comme « la liberté de contracter qui ne peut être limitée que par la justice, *par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* ». A la recherche d'un équilibre entre la protection nécessaire de l'ordre social et le respect des libertés individuelles, notre justice pénale est depuis longtemps gouvernée, comme il se doit dans un Etat de droit³²⁴, par un principe de légalité « *qui permettra de contrer par ailleurs l'arbitraire de la répression ; les infractions et le niveau des peines attachées à chaque infraction doivent être fixés à l'avance par un texte écrit, qui ne peut être que la loi, expression de la volonté générale* », dont les exigences toujours actuelles se conjuguent avec la présomption d'innocence et le respect des droits de la défense³²⁵. La loi pénale est la même pour tous, et cette phrase de Guizot, Rossi, Jouffroy et Ortolan résume le principe : « *punir pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile* ».

Conquête de la Révolution française, marquée du sceau des droits de l'homme, ce principe de légalité est une garantie essentielle des citoyens contre l'arbitraire répressif. Non seulement « Nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi *et selon les formes qu'elle a prescrites* », mais « la loi ne doit établir que les peines évidemment et strictement nécessaires » et toute infraction doit être définie en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre à l'accusé de connaître la nature et la cause de l'accusation portée contre lui.

Le droit à un procès équitable protège par la définition qu'en donne la CEDH toute personne contre toute accusation portée contre elle en matière pénale (1), mais aussi il procure à qui fait l'objet d'une accusation en matière pénale de multiples garanties (2).

³²⁴ Le but du droit pénal est la défense de la société contre les comportements qu'elle interdit, la protection de l'ordre et de la sécurité publics, l'Etat organisant une réponse spéciale au phénomène criminel.

³²⁵ César de Beccaria, « Traité des délits et des peines » paru en 1764. Voir Rousseau, Voltaire et Montesquieu.

1- La protection par le droit à un procès équitable de toute personne contre toute accusation portée contre lui en matière pénale

63. Notion autonome affranchie des qualification nationales, la matière pénale au sens de la Convention comprend toutes sortes de sanctions. Certes toute sanction pénale d'après les qualifications et les indications du droit national relève par définition de la matière pénale dans la mesure où la Convention ne saurait avoir pour effet de priver le justiciable des garanties offertes par les droits nationaux. Mais des sanctions qui ne sont pas pénales au sens du droit national peuvent le devenir au regard des exigences du droit à un procès équitable. L'hypothèse n'est pas rare, les Etats modernes multipliant en marge de leur droit pénal les sanctions en matière économique, fiscale, douanière, disciplinaire et routière.

Ces sanctions ne sont pas formellement pénales mais ont une finalité répressive. Il est important de se demander si elles relèvent de la matière pénale ou pas au sens du droit national. La Convention a dégagé et conjugué trois critères³²⁶. Ce sont, bien sûr, les indications du droit national mais celles-ci n'ont, on le sait, qu'une valeur relative et la nature du fait ou du comportement transgresseur. Mais ce sont aussi et surtout le but et la sévérité de la sanction dont le caractère « punitif et dissuasif » peut être à lui seul déterminant. Une privation de liberté se place ainsi par sa nature en matière pénale : « Dans une société attachée à la prééminence du droit ressortissent à la matière pénale les privations de liberté *hormis celles qui par leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veulent la gravité de l'enjeu, les traditions des Etats contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne*³²⁷ ». Cependant des amendes mêmes modiques peuvent aussi se voir reconnaître un caractère punitif et ressortir elles aussi à la matière pénale : « Rien ne donne à penser que *l'infraction pénale, au sens de la Convention, implique un certain degré de gravité. Nombre des Etats contractants distinguent entre crimes, délits et contraventions tout en les qualifiant les unes et les autres d'infractions pénales*³²⁸ ».

³²⁶ CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas.

³²⁷ Cf. Arrêt Engel, précité.

³²⁸ CEDH, 21 février 1984, Oztürk c/ RFA.

C'est en fonction de ces « réactifs de la matière pénale » maintes fois utilisés par les organes de la Convention à propos de toutes sortes de sanctions qu'ont été attraites à la matière pénale suivant la méthode dite du faisceau de traits concordants : les pénalités fiscales de l'article 1729 du code général des impôts³²⁹, de prétendues sanctions disciplinaires³³⁰, la contrainte par corps³³¹, et « eu égard à leur nature et à leur degré de sévérité », les sanctions pécuniaires prononcées à l'occasion de délits d'audience³³², ainsi que les amendes sanctionnant diverses infractions administratives notamment dans le domaine de la circulation routière³³³.

Le droit à un procès pénal équitable exige qu'un juge puisse exercer un contrôle de pleine juridiction sur la culpabilité et sur l'ampleur de la pénalité. Or que l'on se trouve en matière pénale et la Convention reconnaît à toute personne contre laquelle une accusation est portée le droit à un procès pénal équitable.

2- Les garanties procurées par le droit à un procès équitable à toute personne faisant l'objet d'une accusation en matière pénale

64. Clef de voûte du procès pénal équitable, la présomption d'innocence dont le principe est posé par des textes éminents³³⁴ est tout à la fois une règle de preuve et l'expression d'un droit.

L'équité du procès pénal est garantie par l'indépendance et l'impartialité du tribunal et par l'égalité des armes. La première exigence : indépendance et impartialité du tribunal vise au premier chef le tribunal qui décidera du bien-fondé de l'accusation, c'est-à-dire la juridiction de jugement. Mais la garantie du droit à un juge impartial n'est pas limitée aux seules hypothèses où le tribunal décide du bien-fondé de l'accusation. Elle vise aussi les juridictions d'instruction et suppose que la séparation des fonctions de poursuite,

³²⁹ CEDH, 24 février 1994, Bendenoun c/ France.

³³⁰ Cf. Arrêt Engel précité.

³³¹ CEDH, 29 novembre 1994, Benham c/ Royaume-Uni, Justices 1996, n° 3, p. 242, obs. Cohen-Jonathan et Fluss.

³³² CEDH, 23 mars 1993, Ransvsborg c/ Suède ; 11 octobre 1994, Justices 1996, n° 3, p. 246, obs. Cohen-Jonathan et Flauss.

³³³ Cf. Oztürk c/ RFA, précité.

³³⁴ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, Convention européenne des droits de l'homme.

d'instruction et de jugement soit pleinement respectée. Et dans la mesure où le droit à un procès équitable doit protéger qui fait l'objet d'une accusation en matière pénale, elle devrait également viser le représentant de l'accusation, notamment lorsqu'il revient à ce dernier d'apprécier l'opportunité des poursuites et de conduire la procédure. Que dire lorsque lui sont reconnus des pouvoirs d'injonction qui se révèlent, déjà dans leur principe, contraires aux exigences de l'article 6. La chambre criminelle affirme pourtant que le droit à un tribunal impartial ne vise que les juges et non le représentant de l'accusation ou celui de la défense³³⁵. On peut alors se demander quelles garanties offrirait et ce que serait un ministère public qui aspire à son indépendance et qui serait partial. Il reste que le représentant de l'accusation est partie au procès pénal et doit se soumettre aux exigences du principe dit de l'égalité des armes.

Cette égalité des armes exige que chaque partie puisse présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire. Il s'agit, précise la Cour européenne d'un élément de la notion plus large de procès équitable.

Elle se conjugue naturellement avec les prérogatives de la défense pénale et tout particulièrement le droit qu'a tout accusé de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, avec ou sans l'assistance d'un avocat. La Cour en a logiquement déduit que tout accusé devait avoir accès au dossier de la juridiction saisie et que le raisonnement d'après lequel il n'était pas incompatible avec les droits de la défense de réserver à l'avocat d'un accusé l'accès au dossier de la juridiction saisie ne pouvait jouer lorsque l'intéressé a légalement choisi de se défendre seul. Ainsi le refus d'accès au dossier opposé au prévenu, alors même qu'il n'est pas représenté par un avocat, constitue, selon la jurisprudence de la Cour, une atteinte substantielle au droit à un procès équitable compte tenu de la rupture de l'égalité des armes et de la limitation des droits de la défense³³⁶. La chambre criminelle s'est finalement ralliée à cette analyse. Après avoir jugé, dans une affaire où le prévenu entendait se défendre seul, que la Convention ne prescrivait pas que le dossier soit remis à la disposition de l'intéressé lui-même³³⁷, elle décide désormais que toute personne ayant la qualité de prévenu ou d'accusé est en droit d'obtenir en vertu de l'article 6§3 non pas

³³⁵ Crim., 6 mai 1996, Bull. crim., n° 187, p. 54.

³³⁶ CEDH, 18 mars 1997, Foucher c/ France.

³³⁷ Crim., 15 mars 1993, aff. Foucher c/ M.P., inédit.

la communication directe de la procédure mais la délivrance à ses frais, le cas échéant par l'intermédiaire de son avocat, de la copie des pièces du dossier soumis à la juridiction devant laquelle elle est appelée à comparaître³³⁸.

Cette volte-face jurisprudentielle est remarquable. La chambre criminelle ne se borne plus à compléter ou éclairer le droit interne par les dispositions de la Convention. Elle impose le respect de l'égalité des armes et la garantie corrélative de l'accès au dossier outre et contre le contenu des dispositions réglementaires³³⁹ qui soumettent, aujourd'hui encore, à l'autorisation du ministère public la délivrance aux parties de copies de pièces de la procédure. Sur ce principe de l'égalité des armes, la Cour a jugé, à plusieurs reprises, que l'accès au dossier imposait la communication des réquisitions écrites du procureur général près la Cour suprême et que le droit à une procédure contradictoire impliquait en principe la faculté pour les parties à un procès pénal ou civil de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge même par un magistrat indépendant en vue d'influencer sa décision et de la discuter³⁴⁰. Ces décisions mettent la Cour de cassation française, devant laquelle l'avocat général prend la parole le dernier, en situation difficile par rapport aux exigences du procès équitable. Cependant, pour rejeter une requête aux fins de communication des conclusions de l'avocat général, la chambre criminelle a fait valoir qu'il s'agissait de réquisitions orales prenant place dans le cadre d'un débat oral et contradictoire³⁴¹.

Pour assurer une efficacité procédurale, et une certitude quant à la résolution des décisions juridictionnelles, un second degré est nécessaire pour veiller à un contrôle des décisions rendues par la première instance.

³³⁸ Crim., 12 juin 1996, Bull. crim., p. 749.

³³⁹ Cf. C. pr. Pén., article R. 155-2°.

³⁴⁰ Voir note CEDH, 22 février 1996 Bullut c/ Autriche, AJDA 1996. 1013, note Flauss ; Adde et comp. : CEDH, 20 février 1996, affaires Lobo Machado c/ Portugal et Vermulen c/ Belgique, note Flauss, JCP 1997. I. 4000, n° 10, obs. Sudre.

³⁴¹ Crim., 18 déc., 1996. Voir sur la question : Burgelin, « L'avocat général à la Cour de cassation et la Cour EDH », Rapport de la Cour de cassation 1996, p. 47 et s.

Section 2 : Le second degré de juridiction

65. Une saine justice doit donner la possibilité au plaideur d'exercer une voie de recours et de faire contrôler la bonne application du droit. La distance dans l'espace et dans le temps, permet une justice plus sereine.

Dans cette partie, on traitera sur la Cour d'appel (§1) et sa compétence (§2)

§1 : La Cour d'appel

66. Si en France on comptabilise trente-cinq cours d'appel³⁴², en Union des Comores elles sont au nombre de trois, à raison d'une cour par île autonome. Ces cours sont instituées au chef-lieu de chaque île, avec compétence sur l'ensemble des îles. Ses fonctionnements prennent la forme de l'« appel circulaire » qui est d'ailleurs l'organisation juridictionnelle de l'Ancien régime français³⁴³. L'appel étant porté d'un tribunal de district à un autre tribunal de district. En Union des Comores on parle des « audiences foraines » car les arrêts rendu en première instance et qui ont fait l'objet d'appel sont renvoyés dans une autre cour d'appel d'une autre île. Il implique de s'interroger sur sa composition (A) et sur son organisation (B).

A- Composition

67. Le siège de la cour d'appel de l'ordre judiciaire est composé d'un Président, appelé premier Président, de présidents de chambre et de conseillers. Cette composition ressemble à celle de son homologue français : chaque cour d'appel comprend un premier président, placé à sa tête, des présidents de chaque chambre et des magistrats que l'on appelle des conseillers. En France la cour d'appel comprend plusieurs chambres³⁴⁴. Mais le nombre de chambres varie selon l'importance de la cour et ses effectifs : chambre civile, commerciale, sociale. Lorsque la cour est composée de deux chambres seulement, la première est ordinairement une chambre civile, la seconde une chambre des appels correctionnels. Lorsqu'il y a plusieurs chambres civiles, la première est toujours considérée

³⁴² « Justice et double degré de juridiction », justices 1996, L. Cadet et S. Guinchard.

³⁴³ Loi des 16-24 août 1790.

³⁴⁴ Art. R. 312-1 COJ.

comme la chambre « noble », par la nature des affaires qui lui sont attribuées et par sa compétence spécifique³⁴⁵.

En Union des Comores, le ministère public est exercé par un Procureur général, assisté d'un avocat général et de substituts généraux.

Quid de l'organisation de ladite Cour.

B- Organisation

68. La cour d'appel est organisée en plusieurs chambres, suivant les matières de sa compétence : une chambre civile, commerciale et sociale ; une chambre administrative ; une chambre d'accusation ; une chambre correctionnelle ; une chambre musulmane (voire rôle *supra*).

§2 : Compétence

69. Deux points méritent d'être examinés ; nous allons en premier lieu aborder la question de ses attributions (A), avant d'exposer brièvement sur son mode de fonctionnement (B)

A- Attributions

70. Le rôle de la Cour d'appel³⁴⁶ est de connaître tant en matière civile, sociale, administrative et commerciale qu'en matière correctionnelle ou de simple police, les appels formés contre les jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de première instance, les tribunaux de commerce, les tribunaux pour mineurs et les tribunaux administratifs et sociaux.

Elle connaît également des appels des jugements des tribunaux de travail. Dans ce cas, elle est complétée par des assesseurs représentant les employeurs et les travailleurs.

³⁴⁵ Art. R. 312-12 COJ.

³⁴⁶ CADIET L., « La fonction d'une Cour d'appel. Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La cour d'appel d'Aix-en-Provence, colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Presses universitaires de Marseille, 1994, p. 27 sq. – GUINCHARD S., « Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain », in *XXe anniversaire de la cour d'appel de Versailles*, *Gaz. Pal.*, 6-10 septembre 1996, n° spécial, p. 26 sq ; - LEFORT C., « Théorie générale de la vie d'appel », thèse, Angers, 2000. – VINCENT J., « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », *D.*, 1973, chron., p. 179 ; *Justices et double degré de juridiction*, *RGDP*, 1996, 4, Dalloz, sous la dir. S. GUINCHARD § L. CADIET.

En cas d'appel des jugements rendu par les tribunaux musulmans, la cour d'appel est complétée par des assesseurs cadis.

Au sein de la cour d'appel de l'ordre judiciaire, il existe une chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré qui connaît des appels formés contre les ordonnances des juges d'instruction.

Tous les arrêts rendus par la cour d'appel peuvent faire l'objet de pourvoi en cassation devant la cour suprême (la cour de cassation).

B- Fonctionnement

71. La cour est composée comme on vient de le dire de cinq chambres, composée chacune d'un président de chambre et de plusieurs conseillers. C'est par le biais de ces chambres que la cour fonctionne. Toutefois, la cour peut se réunir en audience solennelle³⁴⁷ sous la présidence du premier président et en présence du Procureur général ou de son représentant avec l'assistance du Greffier en chef. Le premier président est habilité à prendre des ordonnances en référé et des ordonnances sur requête. Il préside les assemblées générales de la cour d'appel. En toute matière, les arrêts sont rendus par trois magistrats au moins.

Il faut noter enfin, qu'au début de chaque année judiciaire, la cour d'appel, par son bureau comprenant le premier président, le procureur général, et le Greffier en chef, fixe le nombre et les jours de ses audiences.

³⁴⁷ En France, l'audience solennelle est présidée par le premier président et comprend en outre quatre conseillers appartenant à deux chambres ; art. L. 312-2 al. 2 et R ; 312-9 al. 1 COJ. Pour alléger la lourdeur de cette procédure et gagner en moyens humains, depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, après cassation d'un arrêt en matière civile, le premier président, d'office ou à la demande des parties, ne renvoie l'affaire à l'audience solennelle que si la nature de l'affaire ou sa complexité le justifie, et cette décision est une mesure d'administration judiciaire, donc non susceptible de recours, art. R. 312-9, al.2 COJ.

Titre II : L'organisation des juridictions dans l'optique d'un ordre juridictionnel

72. Organiser les juridictions dans une optique d'un ordre, signifie répartir celles-ci sur un ordre organisationnel. Pour répondre à cet impératif d'organisation, il a été nécessaire de soulever en premier lieu la question du dualisme juridictionnel (Chapitre 1), mais aussi d'organiser les juridictions supérieures dans une optique d'un ordre juridictionnel (Chapitre 2).

Chapitre I : La question du dualisme juridictionnel

73. « Le Dualisme juridictionnel désigne, en France, la coexistence de deux ordres de juridiction séparés et également souverains : *l'ordre judiciaire (ou juridiction judiciaire)*, au sommet duquel se trouve la Cour de cassation, *et l'ordre administratif (ou juridiction administrative)*, au sommet duquel se trouve le Conseil d'Etat³⁴⁸ ».

L'existence de tribunaux particuliers compétents pour l'Administration, à côté de ceux qui connaissent des litiges entre personnes privées, est fréquente dans les pays de tradition romano-germanique, mais aucun n'a poussé aussi loin la distinction que la France et les quelques Etats qui l'ont imitée, notamment ses anciennes colonies. Le dualisme juridictionnel a profondément façonné, non seulement le paysage juridictionnel de la France, mais aussi la structure fondamentale de son droit.

Le dualisme juridictionnel signifie qu'il existe aujourd'hui deux sortes de juridiction dont chacune a sa hiérarchie propre. La juridiction judiciaire réunit les juridictions civiles, commerciales, sociales, pénales, etc., dont les jugements et arrêts sont susceptibles, in fine, d'être soumis à la Cour de cassation. La juridiction administrative comporte les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, quelques juridictions spéciales et, au sommet, le Conseil d'Etat.

La loi organique comorienne 05-016/AU instaure des tribunaux administratifs. Mais cette loi ne précise pas leur organisation, leur composition et leur fonctionnement. Toutefois, cette loi, dans son article 33, a attribué compétence au tribunal de première instance en matière de contentieux administratif. Le dualisme juridictionnel n'a pas été respecté car les cours d'appels des Comores ne sont pas seulement compétentes en matière judiciaire mais aussi en matière administrative.

Le dualisme juridictionnel permettrait non seulement de séparer les fonctions judiciaires des fonctions administratives en instaurant deux types de juridictions distincts, mais aussi d'éviter que le juge judiciaire s'immisce dans les affaires relevant de l'administration.

³⁴⁸ Il faut noter que le Conseil constitutionnel est extérieur à cette dichotomie, mais on ne parle pas, à son propos, de troisième ordre.

Comme le constate Miguel Chamocho : « La bourgeoisie va essayer de contourner le principe de séparation strict des pouvoirs, en manipulant ces catégories juridiques, c'est-à-dire en établissant une nette séparation des fonctions, et non des pouvoirs et des organes. L'objectif est clair : éviter à tout prix que les affaires *du gouvernement, de l'administration* soient tranchées par les tribunaux de droit commun³⁴⁹ ». Il permettrait également de faire bien fonctionner la Cour suprême et de créer une juridiction suprême d'ordre administratif pour connaître le contentieux administratif. Serrigny résume bien cette pensée : « *L'administration suprême doit rester seule juge des difficultés que font naître les actes de ses agents ou les siens propres, ou, en d'autres termes, que le contentieux administratif doit lui appartenir. Il faut que la puissance exécutive trouve en elle-même la force de lever les obstacles qu'on oppose à sa marche : autrement elle ne serait qu'une moitié de pouvoir*³⁵⁰ ».

Le désir de transposer le modèle français dans notre système comorien n'est pas dénué de sens, ce modèle est riche et bien établi de telle sorte que toutes l'Europe atteste d'une profonde admiration pour lui. Les juristes du monde entier affirment le caractère opérationnel du système français de sorte qu'ils veulent tous le transposer dans leurs systèmes avec un seul souci, celui de l'adapter aux particularités de leurs pays. On peut citer par exemple le cas du juriste espagnol Silveva : « *L'administration française nous offre un notable degré de perfection, comparée aux autres pays. D'ailleurs, nous la connaissons plus ou moins. Aussi devons-nous recourir à elle. Toutefois, présenter le tableau de l'administration française ne consiste pas à vouloir tout recopier : il ne s'agit pas de vouloir absolument adopter le système (et nous faisons sur ce point une protestation formelle), sans prêter attention à ce qui peut exister de singulier dans nos besoins, nos usages et coutumes. D'autant que ce qui est bon en soi, n'est ni français, ni espagnol, ni russe : c'est toutes les nations et tous les âges*³⁵¹ ».

³⁴⁹ M-A. Chamocho, « Le contentieux administratif », op. cit. p. 228.

³⁵⁰ D. Serrigny, Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil, Paris, Auguste Durand, t. I, 1865, p. 68.

³⁵¹ S. Soleil, Adopter la posture d'un modèle, à paraître.

La plupart des pays européens ont été pendant longtemps fortement influencés par le modèle français, qui acquis dès la fin du XIXe siècle, un degré de perfection tout à fait remarquable pour l'époque³⁵².

Le système français fait l'objet d'une véritable admiration de la part de nombreux juristes étrangers, on peut citer entre autres le cas de l'espagnol Gonzalo Fermin Moran lorsqu'il déclare : « *La clarté naturelle et l'esprit d'ordre du système français expliquent la supériorité de son administration. Celle-ci possède déjà en France tout un corps de doctrine et, comme il ne se passe rien de tel dans les autres nations, il en résulte que toute l'étudient, et qu'elles essaient de transplanter chez elles beaucoup de ses institutions* »³⁵³.

Le dualisme juridictionnel est une répartition des compétences entre les ordres judiciaire et administratif. Il s'agit de deux ensembles hiérarchisés de tribunaux relevant chacun d'une juridiction suprême qui lui est propre et qui peut annuler leurs décisions. C'est l'interprétation française de la séparation des pouvoirs qui a entraîné par la suite une évolution qui s'est étendue sur près d'un siècle, la naissance de deux ordres pyramidaux nettement distincts de juridictions, dites d'ordre de juridictions³⁵⁴.

En France une administration locale est instituée en 1789 et se voit confier des attributions contentieuses en vertu de la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790, notamment pour les dommages résultant des entrepreneurs de travaux publics. Comme le souligne Jacques Chevallier : « *L'importance de cette loi résidait moins dans les quelques applications qu'elle contenait, que dans les principes dont elle impliquait la consécration, à savoir que l'administration pouvait être mieux armée et plus qualifiée que les tribunaux pour statuer sur le contentieux administratif* »³⁵⁵.

³⁵² Y. Aguila, « La justice administrative un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l'exception française à l'épreuve », *Actualités juridiques. Droit administratif*, 12 février 2007, p. 290.

³⁵³ Cité par A. Gallelo Anabitarte, « Les facultés espagnoles et l'influence française, en particulier dans le domaine du droit public aux XVIIIe et du XIXe siècle », *L'influence des facultés françaises de droit Outre-mer et à l'étranger* (Colloque Paris, novembre 1993), *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1994, n° 15, pp. 137-138.

³⁵⁴ Conseil constitutionnel, dans une décision « Conseil de la concurrence », n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987, confirmée et précisée par une décision « Conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, dite « Loi joxe ». Voir *AJDA*, 1987, p. 315, note J. Chevallier ; *RFDA* 1987, notes B. Genèvois, p. 287, et L. Favoreu, et L. Philip, p. 708. Voir aussi art. 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

³⁵⁵ J. Chevallier, « Du principe de séparation au principes de dualité », *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 716.

Cette répartition des ordres de juridictions permettrait de remplacer l'ancien dualisme juridictionnel comorien par une nouvelle répartition des ordres et permettra de faire bien fonctionner la Cour suprême par la création d'une deuxième haute juridiction administrative.

Le dualisme juridictionnel français, en vertu duquel il existe un ordre judiciaire et un ordre administratif, est une organisation ancienne et bien établie. Néanmoins, des voix s'élèvent régulièrement pour la remettre en cause³⁵⁶.

Gabriel Tarde³⁵⁷, juriste et sociologue de la fin du XIXe siècle, publie en 1890 un ouvrage intitulé « *Les lois de l'imitation* ». Pour lui, l'esprit d'imitation est inné chez l'homme. Celui-ci explique la propagation dans un pays, ensuite dans le monde civilisé, d'une idée, d'une habitude, d'une institution : « La prétention de chaque espèce, même la plus humble, à remplir le globe entier de ses exemplaires, semble pousser chaque découverte ou chaque invention à se disséminer dans tout le champs social. Les connaissances ou les institutions, propres à l'un de ces groupes lorsqu'il est victorieux et puissant, pénètrent sans peine chez les groupes voisins. Quand un peuple domine les autres par son éclat, les autres, avons-nous dit, l'imitent après n'avoir imité jusque-là que leurs pères³⁵⁸ ». Le dualisme juridictionnel est devenu le symbole d'un modèle d'organisation politique, administrative et juridictionnelle qui s'est propagée en Europe au XIXe siècle³⁵⁹.

Nous allons étudier dans ce chapitre deux points essentiels : la portée et les limites de cette dualité (Section 1), les solutions à apporter en cas d'obstacle dans la saisine de ces deux ordres (Section 2).

Section 1 : Portée et limites de la dualité des ordres juridictionnels

74. Aucun des deux ordres n'est supérieur à l'autre. Néanmoins, Leur séparation n'est pas totale : la formation, le statut, les traditions de leurs membres diffèrent, et ceux-ci ne passent jamais de l'un à l'autre. Chaque ordre obéit à sa procédure propre, codifiée, dans

³⁵⁶ Colloque, « Le dualisme juridictionnel en 2005 : limites et mérites » organisé à Grenoble ; Dalloz 2007.

³⁵⁸ Gabriel Tarde, « Les lois de l'imitation », Paris, Alcan, 1895, pp. 307- 308.

³⁵⁹ S. Soleil, « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au 19^{ème} siècle. Retour sur quatre clés d'explication », Cracovie, 2010.

130 Première partie : La pluralité des juridictions : une pluralité assumée et organisée des instruments différents³⁶⁰. Mais l'un et l'autre jugent : tous deux respectent donc, chacun à sa manière, les exigences d'un procès équitable, telles qu'elles figurent notamment à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est important de montrer la portée de la valeur constitutionnelle de la dualité (§1), avant de s'intéresser aux atténuations du dualisme des deux ordres juridictionnels (§2)

§1 : Portée de la valeur constitutionnelle de la dualité

75. Au dualisme juridictionnel correspond un dualisme juridique, c'est-à-dire la division du droit français en deux corps de règles, le droit privé et le droit public. Chacun des deux dualismes conforte l'autre et contribue à la solidité du système. La liaison de la compétence et du fond exprime un principe simple : le juge judiciaire applique le droit privé ; le juge administratif applique le droit public et, singulièrement, le droit administratif. Chaque juge a son droit ; chaque droit a son juge. La frontière entre les deux droits est aussi difficile à tracer que celle des compétences des deux juges. On n'a jamais pu se mettre d'accord sur un critère unique, nonobstant les efforts de deux écoles doctrinales célèbres, nées il y a un siècle, et qui voyaient dans le droit administratif, la première celui du service public, la seconde celui de la puissance publique.

La mise en place de ce principe de dualité de juridictions est nécessaire en ce qu'il faciliterait les tâches du juge en confiant les litiges opposant l'administration comorienne et les particuliers, à l'ordre administratif et ceux opposant des personnes privées entre elles à l'ordre judiciaire. Il permettrait également la création d'une haute cour juridictionnelle administrative pour éviter que la responsabilité de l'Etat « ne puisse être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ».

Cela permettrait aussi la spécialisation des juges dans tel ou tel domaine, mais aussi la distinction pragmatique entre droit privé et droit public comme le relève Gérard Timsit « La théorie de la séparation des pouvoirs telle *qu'elle a été conçue aux XIXe siècle et au début du XXe siècle n'existe tout simplement pas chez Montesquieu puisque l'Esprit des lois ne prévoyait ni l'indépendance, ni la spécialisation des trois pouvoirs*³⁶¹ ».

³⁶⁰ Code de procédure civile et Code de procédure pénale d'un côté, Code de justice administrative et Code des juridictions financières de l'autre.

³⁶¹ G. Timsit, « M. le Maudit. Relire Montesquieu », Mélanges René Chapus : droit administratif, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617.

La distinction des deux droits a été, elle aussi, le fait d'une évolution jurisprudentielle empirique et n'a jamais été pensée dans son ensemble par le législateur. L'idée s'est progressivement imposée, au cours du XIX^e siècle que le Code civil, applicable dans les rapports entre particuliers, ne pouvait l'être à l'Etat et aux autres personnes publiques³⁶².

La dualité des juridictions en France se justifie essentiellement par des considérations pragmatiques. C'est un arrêt rendu en 1873 dit arrêt « Blanco »³⁶³ du tribunal des conflits qui a représenté la décision fondatrice. En jugeant que la responsabilité de l'Etat ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier et que, partant, elle échappait à la compétence des juges judiciaires, elle invitait implicitement mais nécessairement la juridiction administrative à élaborer ses règles spéciales et, au-delà, l'ensemble du droit administratif, conjointement avec l'œuvre du législateur. Comme le souligne Garner : « Les tribunaux administratifs sont des tribunaux de *fonctionnaires seulement en ce sens qu'ils sont composés en partie de conseillers qui sont membres de l'administration active et dont on attend qu'habituellement aux questions administratives familiarisés avec elle, ils apportent au Conseil d'Etat le bénéfice de leur savoir et de leur expérience techniques. Leurs inclusions dans le Conseil est donc une source de force et ne lui donne pas nécessairement un penchant bureaucratique et de la sympathie pour le gouvernement dans ses procès avec les simples particuliers. Quiconque est familiarisé avec la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, spécialement pendant les vingt-cinq dernières années, sait bien que leurs décisions ont été plus libérales plus généralement fondées sur des considérations d'équité par l'invention de moyens de protection des simples particuliers contre l'action illégale et arbitraire des autorités administratives* »³⁶⁴.

Le système juridique français va séparer le contentieux de l'administration du contentieux de droit commun : « *Un individu lésé par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne*

³⁶² Ici quelque soit la nature de la responsabilité, des contrats, des biens, des agents, etc. de celle-ci.

³⁶³ Arrêt Blanco 8 février 1873, D. 1873. 111. 17, concl. David ; Gja, 17^e éd., 2009, n°1. Rendu par le tribunal des conflits. Privé du Code civil, le Conseil d'Etat a dû, au fil des espèces, inventer les règles du droit de l'Administration, car le législateur s'en est, au moins au début, peu soucié. La liaison de la compétence et du fond ne connaît guère d'exceptions : cela explique par exemple que, lorsque le juge judiciaire est compétent envers une personne publique, il lui applique normalement le droit privé. Cependant, il arrive, rarement, à l'un des deux d'emprunter les règles ou les méthodes de l'autre.

³⁶⁴ J-W. Garner, « La conception anglo-américaine du droit administratif », Mélanges Maurice Hauriou, Paris, Sirey, 1929, p. 357.

*peut demander réparation aux tribunaux judiciaires. Il ne s'ensuit pas qu'il n'ait aucun recours quand, par exemple, il a subi un dommage par suite d'une arrestation illégale. L'incompétence des tribunaux judiciaires signifie simplement que la réparation du dommage causé au cours d'une opération administrative doit être cherchée auprès des autorités administratives elles-mêmes, ou, comme on les appelle, auprès des tribunaux administratifs*³⁶⁵ ».

En France, le dualisme juridictionnel est aussi enraciné dans ce que l'on peut appeler la « culture juridique » nationale³⁶⁶, au point que les rares essais théoriques portant sur sa remise en cause adoptent une formulation seulement interrogative³⁶⁷.

Aux Comores le problème ici est ancré sur la question de nomination des juges devant siéger au sein de ces juridictions. On constate que la section administrative comme la section judiciaire, sont dirigées par un Président de section nommé par décret du Président de l'Union des Comores pris en conseil de gouvernement de l'Union sur avis conforme du conseil supérieur de la magistrature, parmi les magistrats les plus anciens en grade. Ce qui est le contraire en France où les juridictions qui composent la justice administrative ne représentent nullement, aujourd'hui, une protection pour l'administration. Juridiquement les membres du Conseil d'Etat ne sont pas, dans la rigueur de cette qualification, des magistrats, aussi bien les conseillers des tribunaux administratifs que ceux des cours administratives d'appel. Ces juridictions sont indépendantes de l'administration.

Dans la pratique, les juridictions administratives comoriennes sont attachées au ministère public comme les juridictions judiciaires car elles sont investies d'un pouvoir étatique, ses membres sont nommés par le pouvoir politique. Or en France à la différence des tribunaux judiciaires, il n'y existe même pas de parquet, c'est-à-dire de corps soumis à l'autorité du ministre et représentant de l'Etat. En France, si l'administration veut prendre la parole devant ces juridictions, elle se trouve dans la situation de n'importe quel justiciable. L'idée d'instaurer un dualisme juridictionnel pure et simple en Union des Comores et de mettre fin à

³⁶⁵ A. Dicey, Introduction à l'étude du droit constitutionnel, Paris, V. Girard et E. Brière, 1902, p.292.

³⁶⁶ L'avenir du dualisme juridictionnel, débat organisé par la revue AJDA 2005. 1760 s. A. Van Lang, le dualisme juridictionnel, limites et mérites, colloque, La Rochelle, coll. « Thèmes et commentaires », DALLOZ, 2007.

³⁶⁷ D. Truchet, « Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ? », in Mélanges Auby, DALLOZ, 1992, p.

111. Ph. Léger, « Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ?, in mélanges Burgelin, DALLOZ, 2008, p. 233.

la fusion entre juridictions administratives et juridictions judiciaires, est capitale en ce qu'il permettrait d'assurer une forte indépendance de ces juridictions vis-à-vis du pouvoir étatique. L'indépendance du Conseil d'Etat en France a été explicitement reconnue, après une analyse détaillée de son statut et de celui des membres, par la Cour Européenne des Droits de l'Homme³⁶⁸.

Fruit de la tradition, appuyé sur le dualisme juridique, le dualisme juridictionnel est profondément ancré dans le génie juridique national français. Il a contribué fortement à structurer le droit français. Il exprime la séparation, très ancrée dans notre conscience collective, des intérêts privés et des intérêts publics. Il a permis en particulier de donner aux notions d'Etat, d'intérêt général, de service public, de puissance publique, un cadre juridique adapté à leur dynamisme et, dans le même mouvement, d'imposer à l'Administration un contrôle juridictionnel plus subtil et plus strict que dans tout autre pays au monde.

Il est d'usage de reconnaître au dualisme juridictionnel une valeur constitutionnelle, comme son homologue français l'a fait : le principe de dualité des ordres de juridictions a valeur constitutionnelle, mais pour une autre raison « néanmoins, conformément à la tradition française de la séparation des pouvoirs, figure des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités locales de la République ou les organes placés sous leur autorité ou leur contrôle³⁶⁹ ».

Pourtant, cette décision admet, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le principe du transfert à la cour d'appel de Paris (une juridiction judiciaire) du contentieux de décisions de puissance publique prises par certaines autorités administratives économiques indépendantes. On peut s'interroger sur l'opportunité de maintenir le dualisme juridictionnel

³⁶⁸ CEDH, 9 nov. 2006, Sacilor-Lormines c. France, pt 66.

³⁶⁹ Cette décision du Conseil constitutionnel, du 23 janvier 1987, qui a donné une autorité constitutionnelle, non à tous ses aspects, mais à son noyau central, peut être reformulée ainsi : « Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

et sur sa capacité à répondre aux besoins de droit et de justice de la France actuelle. Dans une décision du 21 février 1997, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné, non certes le dualisme, mais les conséquences inévitables pour une partie que sa complexité (et la lenteur qui en était résultée), avait suscitées dans un cas particulier d'expropriation.

Par ailleurs, le droit privé et le droit public se rapprochent car ils sont de plus en plus irrigués par des sources communes : jurisprudence constitutionnelle, droit communautaire, convention européenne des droits de l'homme, loi nationale... A quoi s'ajoutent d'une part l'effet de la privatisation et de la déréglementation, d'autre part l'érosion du crédit et de l'influence de l'Etat.

L'instauration d'une justice administrative est nécessaire non seulement parce que la plupart des pays de droit l'ont adopté « Très puissantes sont les raisons qui rendent nécessaires l'existence d'un tribunal spécial, protégeant les droits des personnes qui pourraient être touchés par les excès du pouvoir exécutif appliquant des dispositions législatives. Cette garantie est une des conquêtes les plus précieuses des civilisations modernes, nous la voyons, la justice administrative établie dans presque toutes les nations avancées, et nous l'avons aussi, heureusement, en Espagne, depuis l'installation du Conseil Royal en 1845³⁷⁰ ».

Ainsi, la dualité des ordres a valeur constitutionnelle non pas par emprunt au principe de séparation des pouvoirs duquel elle se trouve déconnectée par la décision (86-224 cité), mais en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Ce dualisme permettrait le développement aux Comores d'un droit administratif autonome par rapport au droit privé et au droit pénal comme le souligne le professeur Robson : « Il y a pourtant une différence essentielle entre le droit administratif et les autres branches du droit ; ses sources ne comprennent pas seulement, en effet, les lois qui régissent l'administration, mais des règles qui émanent des organes de l'exécutif dans l'exercice régulier de leur pouvoir³⁷¹ ». Il conduirait sur le plan procédural à des conséquences radicales car il ne pourrait y avoir autorité de la chose jugée par un tribunal d'un autre ordre sur les juridictions de l'autre ordre.

³⁷⁰ Don Pedro Gotarredona, « Jurisdicción contencioso-administrativa », Revista de legislación, 1868, op. cit. pp. 349-350.

³⁷¹ W. Robson, « Le droit administratif », Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire, Paris, Sirey, 1952, p. 651.

On pourrait certainement reconnaître aux juridictions administratives la possibilité d'appliquer des règles de droit privé, lorsque la spécificité de la situation des personnes publiques ou des activités de service public en cause n'exige pas l'application de règles particulières³⁷².

Inversement, et à titre de rappel, les tribunaux judiciaires appliquent parfois le droit administratif. Le juge administratif admet en matière procédurale une certaine autorité de la chose jugée par le juge judiciaire, notamment lorsque celui-ci est un juge pénal. Contrairement à d'autres pays comme la Belgique où le constituant bien qu'adoptant une séparation stricte, a défini le pouvoir judiciaire comme étant apte, en principe, à régler les conflits administratifs. Ainsi il donne au pouvoir judiciaire une compétence pour régler les litiges relatifs aux droits civils et politiques³⁷³, sauf exceptions établies par la loi. Comme le relève François Delpéré : « Ce qui signifie que des contentieux aussi importants que la responsabilité de la puissance publique et de ses agents ou celui de la validité des contrats administratifs échappent sans conteste à un juge administratif³⁷⁴ ».

Certains auteurs souhaitent la fusion des deux ordres de juridiction³⁷⁵.

§2 : Les atténuations au dualisme des ordres juridictionnels

76. Il est important de relever que la juridiction judiciaire a une double compétence à l'égard du fonctionnement de l'administration.

³⁷² Voir en France J. Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, coll. « Bibl. de droit public », t. 25, LGDJ, 1960.

³⁷³ Par l'expression droit politique, il faut entendre la notion de droit traditionnel reconnue au citoyen : l'électorat, l'éligibilité, l'égalité devant l'impôt...

³⁷⁴ F. Delpéré, « Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique ? », *Revue Française de Droit Administratif*, 1990, p. 869.

³⁷⁵ CHAPUS R., « Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique », *RFDA*, 1990, p. 53-60. – DRAGO R et FRISON-ROCHE M.-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *APD*, t. 41, 1997, p. 135-148. – FLAUSS J.-F., « Dualité des ordres de juridiction et convention européenne des droits de l'homme », in, *Gouverner, administrer, juger, Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 523-546. – JULIEN-LAFERRIERE F., « La dualité de juridiction, un principe fondamental ? », in, *L'unité du droit, Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 395-426. – STRIN B., « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », *Justices*, n° 3, janvier-juin 1996, p. 41-51. – TRUCHET D., « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices*, n° 3, janvier-juin 1996, p. 53-63.

Certaines matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ; comme la juridiction administrative, le juge judiciaire dispose d'une compétence réservée avec valeur constitutionnelle qui s'étend jusque dans le champ de l'action de l'administration. Il s'agit notamment de ce qui touche à la liberté individuelle³⁷⁶, ou à la propriété privée immobilière³⁷⁷.

En outre, par exception à la réserve de compétence du juge administratif, des considérations d'opportunité peuvent justifier que l'annulation ou la réformation d'actes de puissance publique, soient, dans certains cas, autorisées au juge administratif par le législateur. En effet, après avoir énoncé le principe de la compétence réservée au juge administratif, le Conseil constitutionnel poursuit : « *cependant, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement compétent* ».

En d'autres termes, la conception des « compétences réservées » du Conseil constitutionnel n'est pas dogmatique, l'intérêt d'une bonne administration de la justice permet de constituer, pour des raisons de commodité suffisamment impérieuses, des blocs de compétence au profit de l'ordre juridictionnel le plus souvent saisi, qui exerce ainsi une force d'attraction à l'égard des autres questions connexes qui, par leur nature, relèveraient de l'autre ordre.

Cependant, la décision de 1873 est à lire à la lumière de la décision « loi Joxe », précitée, qui montre que de telles exceptions à la répartition normale des compétences doivent être objectivement justifiées, c'est-à-dire répondre à des besoins suffisamment pressants, dont le Conseil constitutionnel se réserve le droit de contrôler la réalité.

En l'espèce, une grande prudence doit être portée car cette répartition de compétences entre juridictions administratives et juridictions judiciaires peut se heurter à quelques

³⁷⁶ Art. 66 Constitution française du 4 octobre 1958.

³⁷⁷ Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989.

difficultés, c'est le cas par exemple en France, sur la loi Joxe précitée : cette loi votée disposait que l'annulation des arrêtés de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière pouvait être demandée au Président du Tribunal de grande instance. Le Conseil constitutionnel a décidé que les litiges liés à ces situations ne sont pas d'une nature ou d'une fréquence telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence, qui attribuent au juge administratif l'annulation des actes de la puissance publique³⁷⁸.

Il est donc inévitable que l'existence de deux ordres de juridictions laisse subsister pour les justiciables des difficultés inhérentes à cette dualité, notamment parce qu'un même litige peut présenter des difficultés qui relèvent de la compétence de chacun de deux ordres, ou parce qu'aucun des deux ordres ne se reconnaît compétent, ce qui risque d'empêcher les plaideurs de trouver un juge, ou bien parce que chacun des deux ordres, tout en se reconnaissant compétent, a rendu une décision contraire à celle rendue par l'autre. Lorsque le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sont saisis d'un litige « qui présente, à juger, soit *sur l'action* introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires », le Tribunal des conflits doit se prononcer sur la compétence de l'une ou de l'autre juridiction³⁷⁹.

Dans ce cas il faut prévoir des palliatifs.

Section 2 : Les palliatifs de la dualité des ordres de juridictions

77. Pour pallier aux problèmes susmentionnés, il est utile de prévoir un mécanisme dont l'objet est procédural (§1) et une juridiction permettant de trouver la juridiction compétente en cas de conflit (§2)

³⁷⁸ V. La décision à l'AJDA, 1989, p. 619 avec la note J. Chevallier. A noter que depuis quelques temps et notamment la mise en place de l'état d'urgence, la répartition des compétences entre ordre administratif et ordre judiciaire fait débat.

³⁷⁹ Art. 35 du décret du 26 octobre 1849.

- Voir décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

§1 : Le mécanisme procédural : le renvoi préjudiciel

78. Le renvoi préjudiciel a été élaboré en droit européen pour permettre à une juridiction nationale d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d'un litige dont cette juridiction a été saisie. Ce renvoi offre ainsi le moyen de garantir la sécurité juridique par une application uniforme du droit de l'Union européenne³⁸⁰.

Ce premier palliatif est représenté par une collaboration entre les deux ordres sous forme de renvoi préjudiciel. Une juridiction d'un ordre étant saisie d'un litige, il se peut que se greffe sur celui-ci un problème accessoire dont la solution influence ou détermine celle à donner au litige principal, mais qui relève de la compétence exclusive de l'autre ordre de juridiction.

Le tribunal saisi au fond, c'est-à-dire du problème principal, rend alors un jugement renvoyant le litige annexe devant le tribunal compétent de l'autre ordre. En attendant la décision de ce dernier, le premier sursoit à statuer. Quand le dernier tribunal saisi s'est prononcé, la première procédure reprend son cours sur la base de la décision qui vient d'être rendue³⁸¹.

§2 : Le rôle du tribunal des conflits

79. La seconde solution est constituée par la création d'une juridiction coiffant les deux ordres³⁸². Il s'agit du tribunal des conflits, dont l'une de ses attributions est de régler les conflits de compétence, ainsi que la contrariété des décisions naissant de jugements

³⁸⁰ Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, journal officiel C 338 du 6 nov. 2012. Règlement de procédure de la Cour de justice, du 25 septembre 2012 (JO L. 265 du 29 septembre 2012), tel que modifié le 18 juin 2013 (JO L. 173 du 26 juin 2013, p. 65).

³⁸¹ CE, ass. 4 fév. 1966, Godek. Lebon. 79, concl. Fournier.

³⁸² S. Petit, Le tribunal des conflits, PUF, coll. « Que sais-je ? » ; P. Gonod et L. Cadiet, Le Tribunal des conflits : Bilan et perspectives, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.

Dans la seconde hypothèse, pour éviter un déni de justice³⁸⁴, le plaideur intéressé peut saisir le tribunal des conflits, qui jugera lui-même l'affaire. Le tribunal des conflits n'est rattaché ni aux juridictions judiciaires, ni aux juridictions administratives³⁸⁵.

Il existe d'autres mécanismes procéduraux de résolution des conflits de compétence de juridiction : la litispendance et la connexité³⁸⁶. Il s'agit ici d'un déclinatoire de compétence.

³⁸³ L'arrêt société commerciale de l'ouest africain du 22 janvier 1921 donne naissance à la notion de service public industriel et commercial...

³⁸⁴ CEDH art. 6-1 ; art. 4 C. civ ; art L 141-1 (ancien L 781-1) C. Org. JUD; art. 434-7-1 C. pén. Art. 30 et s, 53 et s. C. proc civ.

Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale partie législative.

Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007, sur la simplification du Droit.

Voire, Bach, rép. Civ. Dalloz, V° jurisprudence.

Corbin L. Le déni de justice en droit international privé, préface Lequette, PUAM 2004.

Fricero N. L'excès de pouvoir en procédure civile, *Revue Générale des Procédures*, 1998, n° 1, p. 17 et s.

Motulsky H. Le droit subjectif et l'action en justice, *Arch. Philo. Du droit*, 1964, 215.

³⁸⁵ B. Bachelier, Le Tribunal des conflits, juridiction administrative ou juridiction judiciaire ? », considère que « il n'est ni l'un ni l'autre. Il est un juge à part qui règle des conflits d'attribution » in rapport 2005 du Tribunal des conflits, Doc. Fr., 2006.

³⁸⁶ Art. 100 et s. NCPC ;

Chapitre II : La question des juridictions supérieures

80. Il existe dans l'organisation juridictionnelle comorienne, deux types de juridictions supérieures : la juridiction dite Cour constitutionnelle, autrement appelée Conseil constitutionnel qui remplit un rôle central en matière de contrôle de lois (Section1), mais aussi une Cour suprême, appelée autrement Cour de cassation, qui elle aussi joue un rôle central dans le contrôle de la légalité des décisions rendues en appel (Section2)

Section I : La place de la Cour constitutionnelle comorienne

81. « Le rôle du Conseil constitutionnel *n'est pas de dire si la loi est bonne ou mauvaise, utile ou inopportune, morale ou immorale, juste ou maladroite. Sa mission n'est pas de dicter au Parlement ce qu'il doit faire*³⁸⁷ ».

« La Cour constitutionnelle *est le juge de la constitutionnalité des lois de l'Union et des Iles. Elle veille à la régularité des opérations électorales tant dans les Iles qu'au niveau de l'Union, y compris en matière de référendum* ; elle est juge du contentieux électoral. Elle garantit enfin les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques³⁸⁸ ».

Ici, on confère au juge constitutionnel, un rôle de surveillant et de gardien de la Constitution ; il doit faire en sorte que les lois³⁸⁹ quelque soient leurs origines ne soient contraires à la Constitution qui est le texte fondamental de la République. Le juge constitutionnel est aussi le garant du bon déroulement des opérations électorales³⁹⁰ ; c'est à lui seul qu'il incombe d'assurer la régularité des élections dans l'Union aussi bien dans les Iles. Il est aussi appelé à se prononcer en matière de référendum. En cas de contestation électorale, c'est à la justice constitutionnelle de trancher³⁹¹. On voit depuis cette Constitution, le rôle de la Cour élargi en devenant garant des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine mais aussi des libertés publiques.

³⁸⁷ J. Robert, ancien membre du Conseil constitutionnel. RD publ. 1990,p. 1265.

³⁸⁸ Art. 36 al.1 ; Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001, révisée par la loi référendaire du 17 mai 2009.

³⁸⁹ Hamon Léo, Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre pouvoir, Fayard, 1987.

³⁹⁰ Camby J. – P., Le Conseil constitutionnel, juge électoral, Sirey, 5^e éd., 2004.

³⁹¹ Drago Guillaume, Contentieux constitutionnel, PUF, français 4^e éd., 2016.

Dotée d'un pouvoir juridictionnel élargi « la Cour constitutionnelle est chargée de statuer sur les conflits de compétence entre deux ou plusieurs institutions de l'Union, entre l'Union et les Iles et entre les Iles elles-mêmes ³⁹² ».

Le Conseil constitutionnel³⁹³ appelé en d'autres termes, la justice constitutionnelle exerce une compétence d'attribution en matière d'interprétation de la Constitution³⁹⁴. Il n'est compétent que dans les matières pour lesquelles la Constitution permet de le saisir : « La loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution³⁹⁵ ». Il n'a pas une compétence générale pour connaître de tous les litiges relatifs à l'interprétation constitutionnelle. En France par exemple, ni la Constitution ni les textes relatifs au Conseil constitutionnel ne prévoient la possibilité de recourir au juge constitutionnel pour trancher les conflits d'interprétation de la Constitution opposant le Président de la République et le Premier ministre.

Il est utile d'aborder en premier lieu la procédure exercée devant la Cour constitutionnelle (§1) et en deuxième lieu la décision de la Cour constitutionnelle (§2)

§1 : Procédure devant la Cour constitutionnelle

82. Il est à noter que la procédure devant la Cour constitutionnelle est qualifiée en France comme aux Comores, de « rudimentaire ³⁹⁶ » La procédure suivie devant la Cour constitutionnelle se caractérise, par une juridictionnalisation croissante. La procédure se déroule normalement en l'absence de parties et de façon secrète et non contradictoire, ce qui permet de dire que la Cour n'a pas un caractère juridictionnel³⁹⁷ même si on concède qu'il peut y avoir une juridiction contentieuse et une juridiction non contentieuse.

³⁹² Art. 36 al. 2 Constitution de l'Union des Comores, 23 décembre 2001, révisée par loi référendaire, 17 mai 2009.

³⁹³ Avril P., Gicquel J., Le Conseil constitutionnel, Montchrestien, 1998 ; Blacher Ph., Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, PUF, 2014.

³⁹⁴ Fromont M., La justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz, 1996.

³⁹⁵ Montesquieu, De L'Esprit des lois, 1748.

³⁹⁶ Rousseau D., Viala A., Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ- Montchrestien, 2004.

³⁹⁷ F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », RD publ., 1979, p. 27.

Nous allons envisager les différentes phases de la procédure. L'on distingue deux types de saisine de la Cour constitutionnelle : des saisines d'ordre générales (A) et des saisines particulières (B)

A- Les saisines générales de la Cour constitutionnelle

83. On distingue ici la saisine par des autorités publiques (1) et la saisine par les citoyens (2)

1- La saisine par des autorités publiques

84. Cette expression « *d'autorités publiques* », volontairement vague, permet de rassembler les autorités constitutionnelles suprêmes ainsi que les minorités parlementaires. On laissera de côté certaines autorités publiques qui peuvent saisir la Cour dans le cadre des procédures particulières ainsi le garde des sceaux à propos de la déchéance d'un parlementaire ou le préfet dans le contentieux électoral. En France, avant la réforme du 29 octobre 1974, les autorités constitutionnelles suprêmes étaient seules compétentes pour saisir le Conseil constitutionnel³⁹⁸. Il s'agissait du Président de la République, du premier ministre et des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.

La Constitution de l'Union des Comores reste muette sur cette question de la saisine de la Cour constitutionnelle par des autorités publiques ; elle prévoit seulement dans son article 37 que « *Le Président de l'Union, les vice-présidents de l'Union, le Président de l'Assemblée de l'Union ainsi que les chefs des exécutifs des Iles nomment chacun un membre de la Cour constitutionnelle* ».

Comme la Constitution ne le prévoit pas expressément, il conviendrait de l'interpréter ; dans la pratique tous ces organes précités peuvent saisir la justice constitutionnelle³⁹⁹.

Il faut remarquer que dans la pratique, réserver le droit de saisine de la Cour constitutionnelle à des autorités publiques et constitutionnelles présentent un grand risque car on a vu à maintes reprises que ces deux types d'organes même différents théoriquement peuvent s'accorder en pratique sur une même politique. Cette situation s'est effectivement

³⁹⁸ Jean Pascal, la saisine du Conseil constitutionnel, LGDJ 1999 et Le procès constitutionnel, LGDJ 2^e éd., 2010.

³⁹⁹ On voit dans la pratique que 99% des saisines de la Cour constitutionnelle est d'origine publique.

produite en 2005, période durant laquelle le Président de l'Union a réussi à manipuler toutes les autorités de la Cour constitutionnelle qu'elles soient celles de l'Union ou des Iles.

L'autre point important à souligner est celui de la compétence des membres de la Cour constitutionnelle. La Constitution de l'Union dans son article 38 prévoit « Les membres de la Cour constitutionnelle doivent être de grande moralité et de probité ». Au-delà de ces deux conditions, la Constitution de l'Union des Comores exige que les membres de la Cour constitutionnelle justifie d'une compétence reconnue dans le domaine juridique, administratif, économique et social ; des exigences que son homologue français n'a pas demandé. Ces membres doivent encore justifier d'une expérience professionnelle minimale de quinze ans.

Ces conditions peuvent poser des problèmes quant à la nomination des membres de la Cour constitutionnelle ; il faut donc les simplifier comme en France où les règles de nomination des membres du Conseil ont le grand mérite de la simplicité tant en ce qui concerne les autorités compétentes pour nommer, que les personnes susceptibles d'être nommées. Une des grandes particularités du Conseil constitutionnel français, par rapport à la Cour constitutionnelle de l'Union des Comores, réside dans l'absence de toute condition en ce qui concerne le choix des nouveaux membres ; il suffit que ceux-ci jouissent de leurs droits civils et politiques.

En fait, la question se ramène à celle de l'exigence d'une compétence juridique⁴⁰⁰. La quasi-totalité des cours constitutionnelles est obligatoirement composée de juristes (magistrats, avocats, professeurs de droit...). La solution française n'empêche pas évidemment que des juristes soient nommés, mais elle permet que des non-juristes le soient, en particulier des hommes politiques. Il faut bien voir, cependant, que l'exigence d'une compétence juridique ne permet nullement, comme feignent de le croire certains, d'éviter les nominations à caractère politique. Les juristes ont, eux aussi, des idées politiques.

L'on peut certes, raisonnablement penser que des personnes appelées à remplir une fonction juridictionnelle (dire le droit), devraient être des juristes et l'on peut regretter que le

⁴⁰⁰ PH. Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », Mélanges Terré, 1999, p. 731. – Camby J.-P., Cottin S., La procédure devant le Conseil constitutionnel, La Documentation française, 1999.- Drago G., « réformer le Conseil constitutionnel », Pouvoirs n° 105, 2003, p. 73.- Jan P., La saisine du Conseil constitutionnel, LGDJ, 1999 et Le procès constitutionnel, LGDJ, 2001.- Luchaire F., « La saisine du Conseil constitutionnel et ses problèmes », RD publ. 2002, p. 1141.

statut du Conseil constitutionnel ne prévoit rien à ce sujet, à la différence de la Cour constitutionnelle de l'Union des Comores et d'autres cours étrangères. Cependant, en dehors du fait qu'il apparaît souhaitable à certains, comme le doyen Favoreu, à la suite de Kelsen, que les juges constitutionnels ne soient pas tous des juristes mais aussi des hommes politiques, le droit constitutionnel étant, suivant une formule contestée mais qui revient à la mode, un « droit politique », la composition réelle du Conseil constitutionnel français depuis l'origine se caractérise par la présence d'un nombre important de juristes parmi les plus éminents comme le président François Luchaire⁴⁰¹, le doyen Georges Vedel⁴⁰², ou le président Jacques Robert⁴⁰³.

Toutefois, le fait d'avoir été nommé majoritairement par des autorités appartenant à tel ou tel courant politique ne suffit pas à conclure que la justice constitutionnelle appartient à une tendance politique particulière. Droit et démocratie sont des termes intimement liés d'où l'intérêt de citer la formule d'un député selon laquelle « vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire » mérite d'être citée ici en ce qu'elle pose la question primordiale des rapports du Droit et de la Démocratie.

En effet, sans vouloir nous livrer à une longue analyse, l'on rapportera seulement la très belle formule attribuée au président Badinter et prononcée lors de sa première intervention devant le Conseil constitutionnel français « nous avons un devoir *d'ingratitude envers ceux* qui nous ont nommés ». Par ailleurs, l'on connaît la fameuse phrase de Mirabeau selon laquelle « un ministre *jacobin n'est pas un jacobin ministre* ».

Les citoyens peuvent eux aussi saisir la justice constitutionnelle.

2- La saisine par les citoyens

85. La « question prioritaire de constitutionnalité ⁴⁰⁴ » est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative

⁴⁰¹ 1965-1974

⁴⁰² 1980-1989

⁴⁰³ 1989-1998.

⁴⁰⁴ Carcassonne Guy et Duhamel Olivier, QPC, Question prioritaire de constitutionnalité, Dalloz, 2011.

porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit⁴⁰⁵. En France, si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

« Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit *directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité* invoquée dans une affaire qui le concerne devant une *juridiction de l'Union ou des Iles* ⁴⁰⁶ ». S'agissant d'une exception d'inconstitutionnalité, il est évident que contrairement à ce qu'il a été parfois écrit, tout citoyen ne pourrait saisir la Cour constitutionnelle. Dire que tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle « *c'est une expression qui chante plus qu'elle ne parle* ⁴⁰⁷ », car seul un justiciable engagé dans une procédure contentieuse pourrait invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi et ce, devant toute juridiction, d'instruction ou de jugement, à l'exception des cours d'assises.

Bien que cela n'ait pas été dit expressément, il paraît évident que les juges ou le ministère public pourraient, de leur propre initiative, soulever l'exception d'inconstitutionnalité. Il s'agit d'établir un contrôle concret des normes tel qu'il existe dans de nombreux Etats en permettant aux justiciables de contester lors d'un procès, la constitutionnalité d'une loi. En réalité, la saisine du conseil par voie d'exception est rare en Union des Comores car même en France elle a constitué une révolution par rapport à la tradition juridique.

Il existe d'autres modes de saisine de la Cour constitutionnelle.

B- Les saisines particulières de la Cour constitutionnelle

86. On en retiendra deux : l'autosaisine tout simplement (1) et l'autosaisine partielle (2)

⁴⁰⁵ Meunier Jacques, Le pouvoir du Conseil constitutionnel, Essai d'analyse stratégique, Bruylant- LGDJ, 1994.

⁴⁰⁶ Art. 36 de la Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001.

⁴⁰⁷ Cette procédure d'exception n'a jamais été soulevée devant une juridiction aux Comores et pourtant des lois incohérentes existent ; A qui la faute ? des avocats ? Les raisons pour lesquelles une telle procédure n'a jamais été soulevée peuvent résulter d'une incompétence des avocats.

1- L'autosaisine totale

87. Normalement, l'autosaisine d'un organe juridictionnel est, en principe, impossible car contraire à la logique de sa fonction qui est d'intervenir pour résoudre un litige sur la base du droit et à la demande de l'une ou de l'autre des parties. L'autosaisine n'a pas été retenue par la Constitution de l'Union des Comores. Celle-ci souligne le rôle de la Cour Constitutionnelle⁴⁰⁸ par exemple : « elle est le juge de la constitutionnalité des lois de l'Union et des îles ». Mais son rôle est étendu car « *elle s'érige en véritable garant des droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques* ».

En France, il n'existe que des formes limitées d'autosaisine. Il y a des autosaisines dans le cadre des fonctions « administratives ». L'on peut considérer que le Conseil constitutionnel français s'est autosaisi dans deux occasions relatives à l'élection présidentielle. En effet, lors de la démission du général de Gaulle en 1969, et du décès de Georges Pompidou en 1974, le Conseil prononçait « la vacance » de la présidence de la République alors qu'aucun texte ne prévoyait cette intervention.

Par ailleurs, dans « les observations » adressées aux pouvoirs publics à l'occasion des élections, parlementaires ou présidentielles, et publiées au « journal officiel », le Conseil constitutionnel français a pris l'initiative d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur certains problèmes juridiques non résolus. Tel était le cas au lendemain de l'élection présidentielle de 1974 et cela débouchera en 1976 sur une révision de la Constitution (art. 7) pour résoudre les problèmes posés par le décès ou l'empêchement d'un des candidats.

L'expérience montre que la Cour constitutionnelle comorienne, est parfois dépassée par ses prérogatives de garant des droits fondamentaux de la personne humaine ; Un exemple en fait preuve. Saisie par Fouad Mohadji, Vice-président en charge de la santé, de la solidarité de la cohésion sociale et de la promotion du genre et douze députés des partis Juwa⁴⁰⁹ et PEC⁴¹⁰ le 12 octobre 2015 d'un recours en interprétation de l'article 13 de la Constitution et

⁴⁰⁸ Louis Favoreu, Les Cours constitutionnelles, PUF, 1986, p. 16.

⁴⁰⁹ Parti politique créée par L'ex Président de la République Ahmed Abdallah Sambi en 2012.

⁴¹⁰ Parti politique allié du parti Juwa, créée par Me Fahmi candidat à la présidentielle de l'Union des Comores du 22 février 2016.

de la recevabilité de la candidature de Monsieur Ahmed Abdallah Mohamed Sambi à la présidence de l'Union des Comores, la Cour constitutionnelle s'est déclarée, en premier lieu, incompétente pour statuer ce recours. Elle dit également que ce recours, en sa branche sur la candidature de Monsieur Sambi à l'élection présidentielle de l'Union, est prématuré et est donc irrecevable.

Pour une question aussi importante qui touche les droits fondamentaux de la personne humaine garantie par la Constitution, comment la Cour constitutionnelle peut-elle se déclarer incompétente ? La Cour constitutionnelle a pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois de l'Union et des îles, de veiller à la régularité des opérations électorales du pays, gérer le contentieux électoral et de garantir les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques ainsi que la répartition des compétences entre l'Union et des îles⁴¹¹.

Les requérants du 12 octobre avaient demandé à la Cour de dire en « interprétation » de l'article 13 de la Constitution, de la loi organique du 6 septembre 2012⁴¹² si la candidature de Monsieur Sambi était irrecevable ou non. La Cour constitutionnelle va ensuite, dans une décision rendue en janvier 2016 répondre par la négative, en rejetant la candidature de l'ex-Président Sambi. Or, les textes comoriens régissant les élections sont clairs : tous comoriens sont égaux en droit et en devoir devant toutes les élections sous réserve des dispositions législatives spécifiques. C'est donc un droit fondamental qui ne peut être dénié à aucun citoyen. La Constitution comorienne dispose dans son préambule l'égalité de tous en droits et en devoirs sans distinction de sexe, d'origine, de race, de religion ou de croyance. L'article 4 de cette même Constitution dispose : « dans les conditions déterminées par la loi, le suffrage universel, égal et secret. Il peut être direct ou indirect. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les Comoriens des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques ».

En se déclarant incompétente en premier lieu la Cour constitutionnelle n'a pas osé trancher, une question cruciale qui touche les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés fondamentales et commet une erreur manifestement grave.

⁴¹¹ Art. 36 al. 1 cité p. 73.

⁴¹² Loi organique numéro 10-19/AU du 6 septembre 2012 fixant les conditions d'éligibilité du Président de l'Union et les modalités d'application de l'article 13 qui dispose que « La primaire de l'élection du Président de l'Union est ouverte à tout comorien qui remplit les conditions d'éligibilité sans discrimination d'origine insulaire ».

Cet arrêt est la prémice de la création par la Cour constitutionnelle d'une jurisprudence consacrant la « citoyenneté insulaire » si l'ancien Président de l'Union Ahmed Abdallah Sambi s'entête à déposer sa candidature à la primaire de la prochaine élection présidentielle.

Un autre travers institutionnel mérite ici d'être évoqué, On se demande aujourd'hui si la Cour constitutionnelle est en mesure de remplir son rôle de garant de la régularité des opérations électorales du pays, et de gérant du contentieux électoral. Lors des primaires du 22 février 2016, des irrégularités ont bien été dénoncées par tous les partis politiques, par tous les citoyens du pays, et tous les organismes internationaux appelés à vérifier le déroulement des élections présidentielles en Union des Comores. Nonobstant ces fraudes massives et bien caractérisées par des calculs erronés, la Cour constitutionnelle au lieu de s'autosaisir pour enfin régler le litige, a décidé de garder le silence car ces fraudes sont en faveur du pouvoir politique en place. Dix-neufs candidats à la première échéance ont déposé une requête en annulation partielle de certains résultats ne correspondant pas à ce qui a été proclamé dans ces bureaux de vote. La Cour constitutionnelle, sans chercher même à se prononcer sur la recevabilité de la requête a, dans un communiqué en date du 25 février 2016 déclaré la date de la deuxième échéance de l'élection présidentielle.

Il faut noter aussi que le candidat issu du pouvoir politique en place a, dans un message adressé le lendemain de la primaire, un message de félicitations au deuxième candidat déclaré pour la deuxième échéance sans que la Cour constitutionnelle ne se soit prononcée. Une telle manœuvre montre bien l'ingérence, l'immixtion, l'influence du pouvoir politique dans les décisions de la Cour.

Pour mettre fin à cette connivence entre juridiction et pouvoir faut-il procéder à l'élection des membres de la Cour par les citoyens ? Ou faudrait-il rechercher des gens honnêtes fiers de remplir cette mission juridictionnelle ? Pour Jean Jacques Rousseau « pour créer une société juste il faut avant tout créer des hommes justes ⁴¹³ ». Un membre d'une institution appelée à juger est tenu d'un devoir d'indépendance, et n'est soumis à aucune autorité politique ; sa fonction est de trancher en toute indépendance et en toute impartialité.

⁴¹³ Jean-Jacques Rousseau, « Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité par les hommes », 1755.

2- L'autosaisine partielle

88. La Constitution de l'Union des Comores, dans son article 36 (supra), prévoit une saisine « directe » ou une saisine « *par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité* ».

En France, il existe une forme partielle et indirecte mais véritable, d'autosaisine même si elle a soulevé de vives critiques. C'est celle que pratique le Conseil lorsqu'il est saisi de l'inconstitutionnalité d'une loi. Il n'hésite pas, dans ce cadre là, à se prononcer sur des articles non mis en cause pour les déclarer éventuellement inconstitutionnels. Cette jurisprudence est parfaitement illustrée par la décision dite Quotas par sexe⁴¹⁴, confirmée par la suite par une autre décision⁴¹⁵.

Aux Comores, en ce qui concerne les lois organiques, les règlements des Assemblées et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux, le Conseil a l'obligation de faire porter son contrôle sur l'ensemble du texte. Le Conseil est saisi de la loi même si la saisine ne concerne qu'un article, voire une simple phrase. Sa décision purge la loi dans son ensemble, de toute inconstitutionnalité. Cette démarche du Conseil constitutionnel intervient non seulement dans le cadre de la protection des droits fondamentaux mais aussi chaque fois qu'il est en présence d'une jurisprudence ferme et établie ou qu'il s'agit de prévenir une censure de la Cour Européenne des droits de l'homme.

Le retrait de la saisine est impossible, hormis les cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement⁴¹⁶.

Une autre forme indirecte d'autosaisine se trouve, dans une situation un peu différente, lorsque le Conseil constitutionnel s'autorise à examiner une loi ancienne déjà promulguée à l'occasion de la contestation d'une loi qui modifie, complète ou affecte son domaine⁴¹⁷. Cette

⁴¹⁴ Quotas par sexe n° 146 DC, 18 nov. 1982.

⁴¹⁵ DC, 15 mars 1999.

⁴¹⁶ DC, 30 déc. 1996, Amendement Malraux, V. Ch. Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RD pub., 1994, p. 693.

⁴¹⁷ DC, 25 juillet 1989, TGV nord. Cit.

150 Première partie : La pluralité des juridictions : une pluralité assumée et organisée
forme d'autosaisine a été confirmée depuis⁴¹⁸ et surtout en 1999⁴¹⁹ où, pour la première fois, il censure une disposition d'une loi promulguée en 1985 jugée alors constitutionnelle, revirement de jurisprudence qui peut en annoncer d'autres, sur le bloc de constitutionnalité par exemple. Ce qui pose le problème de la survie juridique de cette disposition et de la relativité de la chose jugée qui fait l'objet d'un débat général à la suite de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 avril 2000 appliquant une décision du Conseil d'Etat, du 9 février 2000, déclarant un décret illégal⁴²⁰.

§2 : La décision de la Cour constitutionnelle

89. Dans cette partie on étudiera deux points : le premier portera sur le contenu de la décision (A) et le deuxième portera sur la question d'exécution de la décision de la justice constitutionnelle (B)

A- Contenu de la décision de la Cour constitutionnelle

90. La décision de la justice constitutionnelle, s'agissant toujours du contrôle de la constitutionnalité des lois, consiste à statuer en inconstitutionnalité en général (1) mais il y a des cas où l'inconstitutionnalité est totale ou partielle (2)

1- La déclaration de la requête d' inconstitutionnalité

91. L'article 40 de la Constitution de l'Union des Comores prévoit que : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle est nulle et ne peut être mise en application. Les décisions de la Cour constitutionnelle *ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent à toute autorité ainsi qu'aux juridictions sur tout le territoire de l'Union* ».

Si en Union des Comores la difficulté qui paralyse l'institution de la Cour constitutionnelle est le non-respect par les autorités publiques du principe de promulgation des lois jugées constitutionnelles⁴²¹, en Afrique occidentale le problème est tout autre. Un exemple représentatif de ce problème a pu être constaté il y a quatre ans. Ainsi au

⁴¹⁸ DC, 28 juillet 1993, DC, 16 juillet 1996.

⁴¹⁹ DC, 15 mars 1999. Cit.

⁴²⁰ M.- A. Frison-Roche, Le Monde 6 juin 2000.

⁴²¹ Voir le Président Azali Assoumani (1998-2006) qui a, pendant une période de quatre ans mis obstacle à la promulgation des décisions rendues par la Cour constitutionnelle alors que celle-ci étaient conforme à la Constitution. Ces décisions portaient sur la répartition des compétences entre l'Union et les îles.

Sénégal, le Conseil constitutionnel a validé la candidature du Président sortant Abdoulaye Wad qui, normalement et conformément à la Constitution sénégalaise, n'aurait pas dû briguer un troisième mandat à la présidence du pays, car la Constitution du pays l'interdisait dans son article 27. Nonobstant cette interdiction, l'ex-président Wad a participé aux élections présidentielles du 27 février 2012 alors que la Constitution du Sénégal l'interdit. Il a même déclaré, lors d'un discours télévisé, que « Le Conseil constitutionnel est derrière nous ». Ce qui montre la fragilité, voire la flexibilité de la justice constitutionnelle sur le continent africain⁴²².

En France, le Conseil, au terme d'un raisonnement juridique développé, peut décider que la loi qui est soumise à son contrôle est constitutionnelle. Il s'agit là de la décision *stricto sensu* qui prend la forme d'articles. En Union des Comores, la Cour constitutionnelle doit rendre des « arrêts », ce qui pose le problème de la crédibilité et de l'autorité de ses décisions ; un arrêt étant une décision susceptible de recours. En France la justice constitutionnelle décide et sa décision n'est susceptible d'aucun recours ce qui implique d'employer le terme « décision » car celui-ci a une terminologie juridique bien garantie.

Mais, on le voit, dans tous les régimes présidentiels, les décisions rendues par la justice constitutionnelle revête la mention « arrêt », on peut prendre l'exemple des Etats-Unis d'Amérique.

La France qui est le modèle comorien par essence utilise la formule suivante « La loi du ... est déclarée conforme à la Constitution⁴²³ », ou « Les dispositions de la loi relative à... ne sont pas contraires à la Constitution⁴²⁴ ».

Affirmer la « conformité » d'une loi à la Constitution n'a pas le même sens que reconnaître qu'elle n'est « pas contraire » ; la conformité va plus loin que l'absence de contradiction et bien sûr plus loin que la simple « compatibilité ». Pourtant, le Conseil paraît utiliser les deux expressions de façon indifférenciée, et il est impossible de remarquer une coupure historique ou logique dans leur emploi. Quelle que soit la formule

⁴²² Hamon Francis et Wiener Céline, La justice constitutionnelle en France et à l'étranger, LGDJ, 2011.

⁴²³ DC, 23 nov. 1997, Liberté d'enseignement et de conscience.

⁴²⁴ DC, 15 janv. 1975, IVG, 2 sept. 1992, Maastricht II.

Première partie : La pluralité des juridictions : une pluraïté assumée et organisée
utilisée aboutissant à un rejet de la requête, le Conseil n'a pas hésité à nuancer sa décision en reconnaissant que la conformité n'était proclamée que sous certaines conditions, sous certaines « réserves » d'interprétation.

Une décision du 9 novembre 1999 sur le PACS (pacte civil de solidarité) semble innover en ce que le Conseil ne déclare pas la loi concernée conforme à la Constitution mais seulement certains articles précisément indiqués⁴²⁵. Ce qui ne peut que laisser perplexe quant aux autres articles, et pourrait être interprété comme un abandon de la jurisprudence voulant que le Conseil se considère saisi de la totalité de la loi.

2- L'inconstitutionnalité totale et partielle

92. L'étendue de l'inconstitutionnalité est variable. Celle-ci peut concerner la totalité de la loi⁴²⁶ ou bien seulement certaines de ses dispositions. La difficulté peut venir du fait qu'une déclaration d'inconstitutionnalité partielle peut affecter l'ensemble de la loi dès lors que la disposition concernée est « inséparable » de la loi⁴²⁷ « les dispositions des articles 6, 18 et 32 ne sont pas séparables de l'ensemble de cette loi ». Les dispositions d'inconstitutionnalité totale deviennent extrêmement rares en France, contrairement en Union des Comores où la Cour déclare toutes les dispositions constitutionnelles ou inconstitutionnelles.

Il est à noter que lorsque le caractère « séparable » est reconnu par le Conseil, le Président de la République a le choix entre plusieurs solutions : tout d'abord, promulguer la loi amputée des dispositions inconstitutionnelles, à supposer que cela ait encore un intérêt, ou bien ne pas promulguer la loi ainsi défigurée. La première solution peut conduire à des situations surprenantes. Ainsi la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation, déclarée partiellement inconstitutionnelle par le Conseil le 25 février 1982, a été publiée au Journal Officiel avec des points de suspension à la place des dispositions incriminées.

La seconde solution incite le Président de la République à demander au Parlement une « nouvelle délibération », conformément à l'article 10 de la Constitution, afin de gagner

⁴²⁵ DC, PACS, 9 nov. 1999 ; art. 2 : « Sont déclarés conformes à la Constitution les articles 1^{er} à 7 et 13 à 15 ».

⁴²⁶ DC, 28 juillet 1993 Loi Fillon. Cit.

⁴²⁷ DC, 16 janv. 1982, Nationalisations : art.2

du temps ou faire adopter une loi qui tienne compte de la décision du Conseil. Tel fut le cas suite à la décision dite « Evolution de la Nouvelle-Calédonie ⁴²⁸ ». Cela a donné lieu à une grande controverse.

Il serait souhaitable que les arguments des membres du Conseil qui n'ont pas voté en faveur de la décision, autrement dit les « opinions dissidentes ⁴²⁹ » soient publiés, une telle pratique favoriserait la transparence et la rigueur dans l'argumentation, mais aussi l'avantage de préparer des évolutions, voire des retournements, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle comorienne.

B- L'exécution de la décision de la Cour constitutionnelle

93. Dans cette partie deux points doivent être traités ; tout d'abord la question de la portée de l'autorité de la chose jugée des décisions de la Cour constitutionnelle (1) et puis la question de l'opposabilité des décisions de la Cour aux autorités publiques (2)

1- Portée de l'autorité de la chose jugée

94. L'article 40 de la Constitution de l'Union des Comores dispose que « Les décisions de la Cour constitutionnelle *s'imposent à toute autorité ainsi qu'aux juridictions* sur tout le territoire *de l'Union* ».

Premièrement, « les décisions *de la Cour s'imposent à toute autorité* », ici cette disposition ne fait aucune exception, ni le Président de la République, ni les organes publics ne peuvent en aucun cas contourner les décisions rendue par la Cour et ne faisant l'objet d'aucun recours préalable. Cette règle est une interprétation de la notion d' « indépendance » de la Cour vis-à-vis des autorités publiques.

En Union des Comores la question qui pose problème est celle de la nature et du contenu des décisions de la Cour ; nombreuses, on l'a dit, sont les décisions de la Cour qui se déconnectent de toute légalité. On le voit souvent en matière de contentieux électoral, où la Cour prend des décisions qui choquent l'ordre public comorien, en validant des actes pourvus d'irrégularité.

⁴²⁸ DC, 8 août 1985.

⁴²⁹ D. Rousseau « Pour les opinions dissidentes », Mélanges P. Gélard, 1999, p. 323.

Cette disposition a d'ailleurs permis au Président de la République dans un discours télévisé en date du 17 mars 2016 à propos de la saisine de la Cour pour irrégularité des élections présidentielles de février 2016 d'invoquer cette disposition de la Constitution en ajoutant les formules suivantes « *Moi, Président Ikililou, je n'ai aucun mot à dire sur la décision de la Cour après tant de recours formés, seule la Cour tranche et sa décision n'est susceptible d'aucun recours. Moi, Ikililou je ne peux malheureusement rien faire ; les décisions de la Cour s'imposent à tous : citoyens, autorité publique y compris moi* ⁴³⁰ ».

L'article 62 de la Constitution française prévoit la même chose quant aux effets des décisions du Conseil constitutionnel « les décisions *du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Ici le principe est celui de l'autorité de la chose jugée des décisions rendue par le Conseil constitutionnel. En France plusieurs points doivent être invoqués : on doit déterminer si cette autorité de la chose jugée concerne la totalité de la décision ou simplement le dispositif.

Bien entendu, la « décision » proprement dite, est constituée par le dispositif précédé du terme « décide ». Ce dispositif est rédigé sous forme d'articles, un ou deux selon qu'il y ait inconstitutionnalité, constitutionnalité totale ou partielle, ainsi qu'un dernier article indiquant, clause de style, que « la présente décision sera publiée au JO ».

Une question se pose. Celle de la valeur obligatoire ou non des motifs de la décision qui sont développés sous la forme de considérants, de plus en plus nombreux. Conformément à la tradition juridictionnelle française, reprise dans une décision du 16 janvier 1962, « Loi d'orientation agricole », confirmée avec une insistance remarquée par celle du 2 septembre 1992, l'autorité de chose jugée « *s'attache non seulement au dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même* ».

Cependant, tous les considérants n'ont pas un caractère obligatoire. Certains ne constituent pas un « soutien nécessaire » à la décision. Il sera parfois difficile de distinguer les « motifs » de ce que l'on a tendance à désigner par le terme « doctrine » et qui constitue seulement une opinion du Conseil constitutionnel susceptible d'être reprise dans une décision ultérieure

⁴³⁰ Discours télévisé du Président Ikililou du 17 mars 2016 à propos d'une saisine de la Cour par les candidats malheureux aux primaires des présidentiels en Union des Comores, suite à des irrégularités de dénouements et de décontage des bulletins de vote relevées dans plusieurs souscriptions de l'Union.

pour la motiver véritablement. Il est à noter que « *la loi n'était l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »⁴³¹.

Le Conseil constitutionnel français préfère parfois faire passer des considérants tel que « considérant que les autres dispositions de la loi ne sont pas contraires à la Constitution ». Il en est ainsi de la décision du 19 et 20 janvier 1981, dite « Sécurité et liberté » : « *les autres dispositions de la loi sur l'enseignement supérieur sont déclarées conformes à la Constitution* »⁴³². Ceci constitue une redondance et paraît comporter un risque sérieux considérant le peu de temps consacré à l'examen de l'ensemble de la loi.

Le Conseil constitutionnel français s'est vu maintes fois reconnaître la possibilité de déclarer une partie des dispositions normatives constitutionnelles et de déclarer les autres inconstitutionnelles. Cela signifie, comme il a été précédemment évoqué, que la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois peut être soit partielle soit totale et celles déclarées constitutionnelles peuvent faire l'objet d'une promulgation.

Une tentative de révision constitutionnelle de 1990 vise à étendre le droit de saisine du Conseil constitutionnel aux justiciables. S'agissant d'une exception d'inconstitutionnalité, il est vrai que contrairement à ce que l'on a pu penser, tout citoyen ne pourrait saisir le Conseil. Depuis une réforme adoptée en 2008, seul un justiciable engagé dans une procédure contentieuse pourrait invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi et ce devant toute juridiction, d'instruction ou de jugement, à l'exception des cours d'assises. Ceci en application de l'article 30 du code de procédure civile qui pose le principe de droit au juge à tous ceux qui ont un intérêt à agir. C'est-à-dire qu'à défaut d'intérêt, il n'y a pas d'action possible⁴³³. Cet intérêt à agir est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond⁴³⁴.

Bien que cette question d'intérêt à agir n'ait pas été prévue expressément par la Constitution de l'Union des Comores, il paraît évident que les juges ou le ministre public pourrait, de leur propre initiative, soulever l'exception d'inconstitutionnalité.

⁴³¹ Jean-Jacques Rousseau, « du contrat social », 1762.

⁴³² DC, 20 janvier 1994, Libertés Universitaires.

⁴³³ Com. 22 mars 1988, D. 1988. 375, note Derrida et Julien.

⁴³⁴ Civ., 1^{re}, 4 nov. 1980 : Bull. Civ. I, n° 279.

2- Opposabilité aux autorités publiques

95. *L'alinéa 3 de l'article 40 de la Constitution de l'Union des Comores* dispose : « Les décisions de la Cour constitutionnelle *s'imposent à toute autorité ainsi qu'aux juridictions sur tout le territoire de l'Union* ». Cet alinéa parle « *d'autorité* », ici on peut songer « aux autorités publiques, aux autorités administratives et aux autorités milanatsistes ». Il est à noter que dans la pratique, toutes les décisions de la Cour constitutionnelle ne s'imposent pas à toute autorité, et surtout aux autorités publiques puisque en 2005 de nombreuses lois jugées conformes à la Constitution n'avaient pas été promulguées car contraires aux attentes du régime en place⁴³⁵. Le Président Azali lui-même, dans un discours télévisé a déclaré la formule selon laquelle « *C'est moi le patron, c'est moi le responsable du pays, c'est moi qui gouverne, c'est moi qui décide* ».

Les auteurs de la Constitution française ont pris soin d'énumérer les différentes autorités à qui la décision du Conseil constitutionnel est opposable. Ainsi, l'article 62 prévoit, d'une part l'opposabilité des décisions du Conseil constitutionnel aux « autorités publiques », et d'autre part aux « autorités administratives et juridictionnelles ». Il est tout à fait remarquable que cet ensemble d'autorités, avec parfois quelques malentendus, ait toujours appliqué les décisions du Conseil.

La justice constitutionnelle est devenue un grand pilier dans toutes les démocraties occidentales. Aujourd'hui elle est un modèle et ses pressions permettent aux politiques de mettre tout en œuvre pour éviter que leurs projets de lois ne soient déclarés inconstitutionnels. Prenons un exemple précis qui permet de voir la place de la justice constitutionnelle dans les démocraties occidentales et notamment en France. En France, dans une circulaire du 27 mai 1988, Michel Rocard, alors premier ministre, avait pris soin de conseiller à ses ministres de « tout faire pour déceler et éliminer les risques *d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de lois* ». Une telle déclaration montre bien l'ampleur et la valeur de la justice constitutionnelle dans les pays de droit. Ce n'est pas donc à la justice constitutionnelle de se conformer aux projets ou aux souhaits des autorités publiques, mais bien au contraire, c'est à ces derniers de s'y soumettre.

⁴³⁵ Pendant la présidence d'Azali Assoumani, qui invoque un consensus entre l'Union et les îles alors même que la Cour constitutionnelle a tranché sur la question qui lui avait été saisie.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat n'hésite plus à invoquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans ses décisions et à fonder sur ces dernières des revirements de jurisprudence⁴³⁶. Cela signifie clairement qu'aujourd'hui, pour les autorités juridictionnelles, administratives et judiciaires, la soumission aux décisions du Conseil est devenue la règle.

En revanche, la Cour de cassation s'est écartée de manière notable de la position adoptée par le Conseil constitutionnel s'agissant de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution relatif à la responsabilité pénale du chef de l'Etat⁴³⁷. Les deux hautes juridictions sont certes d'accord pour considérer que, s'agissant des actes accomplis par le chef de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, celui-ci bénéficie d'une immunité hormis pour les cas de haute trahison.

La Cour de cassation a relevé que les décisions du Conseil constitutionnel « ne s'imposent qu'en ce qu'elles concernent le texte soumis à l'examen de celui-ci ». Par exemple, s'agissant des actes accomplis par le chef de l'Etat antérieurs à ses fonctions ou détachables de celles-ci, pour le Conseil constitutionnel, le Président bénéficie pendant la durée de son mandat d'un privilège de juridiction devant la Haute Cour de justice. Pour la Cour de cassation, pour ces mêmes actes accomplis en dehors de l'exercice de ses fonctions, par exemple pour des infractions commises par un maire devenu chef de l'Etat, le Président peut être poursuivi devant les juridictions pénales de droit commun. Cependant, les poursuites ne peuvent être exercées pendant la durée de son mandat. Ceci au nom de la continuité de l'Etat. En outre, de manière à permettre leur reprise à la fin du mandat, la prescription de l'action publique est suspendue⁴³⁸.

La Cour constitutionnelle de l'Union des Comores est en permanente évolution, aujourd'hui, elle n'est pas en mesure de garantir un bon contrôle de la constitutionnalité de la loi et surtout quand celle-ci émane du gouvernement. Elle n'en a ni les moyens humains, ni les moyens matériels. Sa composition est problématique et fait peur, puisque on y trouve que des politiciens sur le retour et d'autres en rupture de ban. La connaissance du droit

⁴³⁶ CE, ASS., 20 déc., 1985, SA Ets Outers.

⁴³⁷ Cons. Const. 22 janv. 1999, Cour pénale internationale, note P. Esplugas, Petites affiches, 5 juill. 1999, n°132, p. 4 ; C. cass., 10 oct. 2001, Breisacher.

⁴³⁸ V. L. Favoreu, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du Président de la République », D. 2001, p. 3365.

constitutionnel⁴³⁹, en particulier, n'a nullement été privilégiée. Ce qui signifie que les considérations politiques ont largement prévalu au détriment du bon sens et de la méritocratie.

L'idée serait de nommer parmi les membres de la Cour constitutionnelle, des juristes en droit public ou des spécialistes en droit constitutionnel. Ou au moins faire bénéficier des membres de la Cour des formations portant exclusivement sur le fonctionnement d'une Cour constitutionnelle. Pour exemple : L'ex Président de la République des Comores Ahmed Abdallah Sambi avait nommé à la présidence de la Cour constitutionnelle, un ancien militaire qui n'a jamais étudié le droit ; il l'a nommé juste parce que il était un de ses amis d'enfance. Il a donc été obligé de lui trouver quelqu'un qui a fait du droit constitutionnel pour l'épauler pendant son mandat. Une telle pratique paraît exagérée. Il est possible aussi, de faire appel à certains magistrats à la retraite.

Il reste qu'avec la pénétration croissante du droit constitutionnel, conçu de plus en plus comme instrument de protection des droits fondamentaux, dans les différentes branches du droit, le juge est conduit dans le cadre d'un véritable Etat qui s'estime de droit, à respecter le nouvel ordre juridique qui en découle. C'est le triomphe de la pyramide des normes chère à Kelsen. Le Conseil n'en est pas pour autant devenu une sorte de Cour suprême même si certains souhaitent une telle évolution.

La justice constitutionnelle doit être considérée comme une autorité à par entière, car elle est l'organe chargé d'assurer la primauté effective de la Constitution qui est, selon la théorie de la hiérarchie des normes, la norme suprême.

En Belgique, la Cour constitutionnelle qui s'appelait Cour d'arbitrage jusqu'au 7 mai 2007, est une juridiction unique spécialisée, indépendante des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Elle est compétente pour apprécier si les normes ayant force de loi sont conformes à la Constitution belge⁴⁴⁰, ainsi qu'aux règles de répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les Communautés et les régions.

⁴³⁹ Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 552.

⁴⁴⁰ Articles 8 à 32, 170, 171, 172 et 191 Constitution belge.

Ce qui ne semble pas être le cas en Union des Comores car par une décision unilatérale du Président actuel de l'Union des Comores en date du mois d'avril 2018, celui-ci décide de transférer toutes les compétences de la Cour constitutionnelle à la Cour suprême. Cette décision de fusion-absorption entraînera comme conséquence, la transmission universelle du rôle de la Cour constitutionnelle à la Cour suprême. Or, les magistrats composant la Cour suprême sont tous nommés par le Président Azali, le non respect de l'indépendance des juges et du principe de séparation des pouvoirs semblent justifiés en Union des Comores. Quel avenir pour la justice constitutionnelle ?

Pour bien faire fonctionner une justice, une Cour suprême doit avoir son rôle à jouer dans le contrôle des décisions rendues par les juges du fond.

Section II : La place de la Cour suprême

96. « Il y a , pour toute la République, une Cour de cassation⁴⁴¹ ». Cette disposition du Code de l'organisation judiciaire français, montre que dans toute République, il ne peut y exister qu'une Cour de cassation.

La Cour suprême est au sein de l'ordre judiciaire et administratif comorien, la juridiction la plus élevée. Elle est instituée par une loi de 2005⁴⁴². Elle est parfois qualifiée de Cour de cassation dans d'autres démocraties comme la France. La référence à un tel adjectif dépend du contenu qui lui est reconnu. Si l'on veut considérer qu'une Cour est suprême lorsque, d'un point de vue hiérarchique, elle domine l'ensemble des juridictions comoriennes, cette désignation est à l'évidence justifiée par l'absence du dualisme juridictionnel et de l'absence d'ordre administratif qui est le domaine du Conseil d'Etat. L'appellation Cour suprême montre qu'elle a un rôle spécifique. Nous allons tout au long de cette partie aborder dans un premier temps son statut (§) avant de s'intéresser dans un second temps à ses fonctions (§)

§1 : Le statut de la Cour suprême

97. La décolonisation juridique dans les pays de l'Afrique s'est faite rapidement par l'adoption de leurs constitutions respectives, de lois portant organisation et fonctionnement des cours suprêmes. Les indépendances africaines vont créer des Etats du Bénin, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée, du Mali, du Niger et du Sénégal. Les Comores ayant

⁴⁴¹ Art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire.

⁴⁴² Loi organique relative à la Cour suprême du 27 juin 2005.

accédé à l'indépendance trop tard, n'ont pas pu bénéficier de cette émergence. On s'attachera à exposer uniquement l'organisation et la place de la Cour suprême dans l'ordre juridictionnel comorien. On ne manquera de prendre pour exemple la création, l'organisation et le fonctionnement des cours suprêmes judiciaires ou des cours de cassation de nos voisins d'Afrique de l'Ouest. Pour les juridictions du fond, mis à part les réformes portant sur la carte judiciaire, l'organisation est quasiment identique entre les tribunaux de première instance, les juges de paix, les tribunaux régionaux et les cours d'appel.

Malgré la nécessité dans une République démocratique de rassurer les citoyens sur le contenu des décisions de justice en mettant en place une juridiction suprême tendant à assurer cette légalité, l'organisation de la Cour suprême reste chimérique (A), alors même que la Constitution la place au sommet de la hiérarchie juridictionnelle (B)

A- L'organisation utopique de la Cour suprême

98. Une loi organique en date du 15 septembre 2011 intervient en Union des Comores pour déclarer la mise en place de cette « Cour ». Cette mise en place de la Cour a laissé croire que cette fois-ci la justice allait être dotée de moyens. La mise en place de cette juridiction est le fruit d'une augmentation constante de la demande en justice, devant les juridictions administratives et judiciaires. Les pourvois sont plus que triplés, contestations croissantes des demandeurs et absence de partialité ont mené le pouvoir public à intervenir en mettant en place une Cour reconnue pour juger les décisions faisant l'objet de pourvoi.

Cette haute juridiction, selon cette loi organique « vient compléter le paysage judiciaire de l'union » (Supra). Selon cette loi organique relative à la Cour suprême, elle est composée d'un président, d'un vice-président, d'un procureur général, de neuf conseillers au moins, d'un avocat général au moins, d'un commissaire de la loi au moins, d'un greffier en chef et des greffiers⁴⁴³. Selon cette loi, la Cour est composée au moins d'une quinzaine de membres. Mais à l'heure actuelle, il n'y a que cinq personnes pour composer cette Cour et la loi organique prévoit, en son article 4, que ces cinq personnes désignées peuvent entrer en fonction à l'issue de leur prestation de serment.

Il est certain que si l'ensemble des membres n'est pas nommé, c'est justement parce que se pose le problème de l'insuffisance des effectifs des magistrats. Des magistrats Comme

⁴⁴³ Art. 5 de la loi organique relative à la Cour suprême mettant en application celle du 27 juin 2005.

Djaé Oulovavo Youssouf souligne cette carence en déclarant « *C'est déplorable, voire même choquant de voir que dans un pays qui se veut démocratique, avec tous les moyens qu'il a de nouer des relations bilatérales en matière de formation judiciaire que ce soit avec la France ou avec d'autres pays d'Afrique, prive une haute Cour de fonctionner en raison de l'insuffisance d'effectif*⁴⁴⁴ ». Cette dilemme n'a cessé de faire réagir des intellectuels : « *La Cour suprême ? c'est un mot qui chante plus qu'il ne parle ; cette imaginaire loi organique est la continuité d'une mauvaise habitude comorienne, celle d'édicter des lois sans en assurer le respect*⁴⁴⁵ ». Selon Maître Elaniou « *La Cour suprême souffre d'effectif, elle fonctionne en sous effectif de magistrats, un problème qui devait être résolu*⁴⁴⁶ ». Un autre magistrat qui a préféré garder l'anonymat déplore cette insuffisance d'effectif alors même qu'il existe des magistrats qui sont largement bien payés sans pour autant exercer de fonction. Selon lui, pour que le système fonctionne avec moins de difficulté, ces magistrats devraient intégrer cette juridiction.

Quant à la nomination des membres de cette Cour, ils sont nommés par décret du Président de la République. Le président, le vice-président et le procureur général sont choisis parmi les magistrats de l'ordre judiciaire. Les membres de la Cour suprême, magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, sont nommés parmi les magistrats hors hiérarchie. Ils sont nommés pour une durée de cinq ans renouvelables, à l'exception des magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Cette Cour suprême est composée de trois sections : une section judiciaire, une section administrative et une section des comptes⁴⁴⁷.

Chaque section se divise en cinq chambres, à savoir deux chambres civiles dont une cadiale, une chambre criminelle, une chambre sociale et une chambre commerciale. Selon l'article 30 de cette loi organique « *La section judiciaire est le juge suprême de toutes les décisions rendues en matière civile, commerciale, sociale et criminelle par les juridictions de l'Union des Comores*⁴⁴⁸ ».

⁴⁴⁴ Djaé Oulovavo Youssouf, ancien jeune magistrat des Comores, lors d'un débat télévisé en Union des Comores en 1997.

⁴⁴⁵ Mohamed Tohir, Ecrivain comorien, Professeur des lettres modernes en Union des Comores et auteur de « *La république des imberbes* » 1984.

⁴⁴⁶ Maître Elaniou, ancien magistrat sous le régime d'Abdallah, avocat inscrit au bareau de Paris, et actuellement avocat à la Cour en Union des Comores.

⁴⁴⁷ Art. 29 de la Constitution de l'Union des Comores du 17 mai 2009.

⁴⁴⁸ Art. 30, loi organique du 15 sept. 2011.

Au Bénin, la Cour suprême est instituée par la loi 65-35 du 7 octobre 1965, elle est organisée selon les dispositions de la circulaire 21/PR du 26 avril 1966. Par son article 3, il est indiqué que la Cour suprême est composée à l'origine de quatre chambres, dont une chambre⁴⁴⁹ judiciaire.

La chambre judiciaire est composée de son président et d'au moins deux conseillers⁴⁵⁰. Elle statue dans la grande majorité des cas à trois magistrats. Elle connaît notamment des pourvois⁴⁵¹ en cassation pour incompétence, violation de la loi ou de la coutume. La formation plénière est pour sa part composée de l'ensemble des magistrats de la Cour⁴⁵².

Avec la loi 2004-07 du 23 octobre 2004, la chambre judiciaire est composée de quatre conseillers⁴⁵³ et siège habituellement à cinq magistrats, ou en cas de besoin à trois magistrats. La grande avancée est la création au sein de chaque chambre de sections, présidées par un président de section. C'est ainsi que la chambre judiciaire, par une décision d'administration du président de la Cour suprême, est divisée en deux : la section de droit moderne et la section de droit traditionnel.

Concernant les aspects de la justice traditionnelle, des assesseurs désignés par le ministère de la justice et la législation peuvent siéger avec voix consultative. Ces personnes sont nommées en raison de leur parfaite connaissance de la coutume.

Quant à la jurisprudence sur la justice traditionnelle, par une décision DCC 96-0063 du 26 septembre 1996 de la Cour constitutionnelle, le Coutumier du Dahomey perd toute force obligatoire, ainsi que son caractère juridique. Ce mouvement de dé-coutumisation est amplifié par l'adoption du Code des personnes et de la famille du 7 juin 2002, promulgué le

⁴⁴⁹ Administrative, judiciaire, constitutionnelle et comptes. La chambre constitutionnelle est devenue le Conseil constitutionnel par la loi organique n° 91-009 du 4 mars 1991. Ses attributions ont été précisées par le décret n° 94-34 du 5 février 2006.

⁴⁵⁰ Article 21.

⁴⁵¹ Article 34.

⁴⁵² Soit le président, les trois présidents de chambre, les six conseillers, le procureur général.

⁴⁵³ Article 24.

14 juin 2004⁴⁵⁴, qui dispose dans son article 1030 que « *les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code* ».

La jurisprudence de la Cour suprême du Bénin est publiée sur Juricaf⁴⁵⁵. Il est possible de prendre connaissance de recueils publiés par les éditions Droit et Lois à Cotonou, tandis que la jurisprudence du Tribunal de première instance et la Cour d'appel est publiée sur un autre site⁴⁵⁶.

En Côte d'Ivoire, prévue par l'article 57 de la Constitution du 3 novembre 1960, promulguée par la loi 60-356, la Cour suprême a été créée par la loi 61-201 du 2 juin 1961 « déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême ». Selon l'article 2, elle est divisée en quatre chambres : constitutionnelle, judiciaire, administrative et des comptes. Ce texte très complet, composé de 205 articles, dispose également dans son article 199 qu'« en attente de la législation portant harmonisation des *coutumes locales, les pouvoirs de la chambre d'annulation sont attribués à la chambre judiciaire* ». Cette chambre judiciaire est complétée par deux « notables », figurant sur une liste réalisée annuellement par la Garde des Sceaux.

Exception faite de la loi 78-663 du 5 août 1978, la réforme va intervenir par la loi 94-440 du 16 août 1994, elle-même modifiée par la loi 97-243 du 25 avril 1997. Ce texte va préciser notamment la composition des différentes chambres. Ainsi, la chambre judiciaire, selon l'article 19, va comporter quatre formations : deux civiles et commerciales, une sociale et une pénale. La chambre administrative pour sa part va comporter deux formations de jugement, sans préciser expressément leur compétence. Au même moment, la Cour suprême va perdre toute compétence constitutionnelle au profit du Conseil constitutionnel, par application de la loi 94-438 du 16 août 1994.

Six ans plus tard, la loi 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant constitution dans son article 88 réaffirme sa place en tant qu'« organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics ». Quant au pouvoir judiciaire, il est prévu que la justice est rendue par les juridictions

⁴⁵⁴ Source : http://www.law.yale.edu/rcw/jurisdiction/afw/benin/Benin_Family_Code.htm.

⁴⁵⁵ <http://www.juricaf.org>, cité

⁴⁵⁶ <http://www.jurisprudencebenin.org>.

Quant à la jurisprudence en Côte d'Ivoire, la première loi sur la Cour suprême de 1960 prévoyait dans son article 15 la création d'un fichier central contenant, sous une série unique, des rubriques et des titres des arrêts rendus. Ces arrêts seraient publiés dans un bulletin trimestriel. Cette disposition est reprise par la loi de 1994, mais il n'est plus précisé la périodicité de publication, dont l'appréciation est fixée désormais par le président de la Cour suprême.

L'organisation de la diffusion du droit va intervenir avec la création du Centre national de diffusion judiciaire⁴⁵⁸. Ce centre qui bénéficie du statut d'établissement public à caractère administratif « a pour objet de rassembler et de mettre sous forme de bases ou banques de données informatisées en vue de leur consultation, leur publication et leur diffusion sur tout support : les traités, les lois et règlements, les instructions et circulaires, les Conventions collectives, les décisions des Cours et tribunaux et tous autres textes de caractère juridique ». Les arrêts sont publiés dans des recueils ou sont consultables sur place à Abidjan. Ils sont disponibles pour les années 1989 à 2010⁴⁵⁹.

En Guinée, à l'indépendance, deux ordonnances vont créer les institutions judiciaires : l'ordonnance du 15 octobre 1958⁴⁶⁰ portant création d'une Cour d'appel dans l'Etat de Guinée, à Conakry, et l'ordonnance du 21 février 1959⁴⁶¹ créant le tribunal supérieur de cassation en République de Guinée.

Il faudra attendre l'année 1984 par l'ordonnance du 14 juillet 1984⁴⁶² pour que soient réformées les institutions judiciaires par la création, notamment par l'article 2, de la Cour

⁴⁵⁷ Voir notamment à ce sujet : Association africaine des hautes juridictions francophones, L'opportunité de l'éclatement ou non des Cours suprêmes en plusieurs juridictions distinctes, actes publiés du colloque tenu à Cotonou (Bénin) du 13 au 16 mai 2002.

⁴⁵⁸ CNDJ, institué par le décret 95-470 du 15 juin 1995.

⁴⁵⁹ Source : <http://www.cndj.ci/recueilcoursupreme.php>, consulté le 17 décembre 2012.

⁴⁶⁰ Ordonnance n° 4P du 15 octobre 1958.

⁴⁶¹ Ordonnance n° 018/PG/59 du 21 février 1959.

⁴⁶² Ordonnance n° 115/PRG/84 du 14 juillet 1984.

suprême, qui comprend quatre chambres : une chambre judiciaire, une chambre administrative, une chambre économique et financière, une chambre constitutionnelle.

Cette situation ne durera que deux ans jusqu'à l'institution de la Chambre nationale d'annulation, créée par l'ordonnance du 5 juillet 1986⁴⁶³, structure composée d'un président et de quatre conseillers.

La Cour suprême sera rétablie par la loi organique du 23 décembre 1991⁴⁶⁴ « portant attributions, organisation et fonctionnement de la Cour suprême de la République de Guinée ». Elle est composée de trois chambres : la chambre constitutionnelle et administrative, la chambre civile, pénale, commerciale et sociale, et la chambre des comptes. Désormais présidée par un Premier président, elle est composée de dix conseillers au plus et deux présidents de chambre, de dix conseillers au plus et de deux présidents de chambre, dix auditeurs de justice au plus et des juges référendaires. Le parquet est composé d'un Parquet général et de deux avocats généraux.

A la suite du décès de Lansana Conté le 22 décembre 2008, la Constitution est suspendue dès le lendemain. La conséquence directe est l'arrêt de l'activité juridictionnelle de la Cour suprême. Il faudra attendre la Constitution du 7 mai 2010 qui selon son article 107 réaffirme que le « pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême, la Cour des comptes, les Cours et Tribunaux ». L'article 113 réaffirme sa place dans l'organisation judiciaire en tant que « *plus haute juridiction de l'Etat en matière administrative et judiciaire* ». Ses compétences seront définies ultérieurement par une loi organique.

Les arrêts sont publiés sur la base de données de jurisprudence Juricaf⁴⁶⁵. En raison des nombreux troubles politiques et des modifications importantes concernant l'organisation et le fonctionnement ainsi que le faible recours aux institutions judiciaires, le nombre d'arrêts publiés est peu important.

Au Mali, après l'éclatement de la Fédération du Mali, la Constitution du 22 septembre 1960 a prévu la création d'une Cour d'Etat du Mali. Les accords franco-maliens en matière de justice prévoyant un examen des pourvois par la Cour de cassation française étant rompus,

⁴⁶³ Ordonnance n° 110/PRG/86 du 5 juillet 1986.

⁴⁶⁴ Loi organique n° 91/008/CTRN du 23 décembre 1991.

⁴⁶⁵ Cité Supra.

les textes régissant la Cour d'Etat ont été définis par la loi du 15 mai 1961⁴⁶⁶ portant organisation judiciaire. Elle était composée à l'époque de trois sections : la section judiciaire, la section du contentieux et la section des comptes. La première audience s'est déroulée le 26 octobre 1962⁴⁶⁷. Il faudra néanmoins attendre la loi du 13 mars 1965⁴⁶⁸ pour que soit instituée la Cour suprême, nom qu'elle porte aujourd'hui. Cette nouvelle loi a créé la section constitutionnelle en plus des trois sections existantes dans la loi précitée⁴⁶⁹.

La réforme de la Cour suprême intervient après l'adoption de la nouvelle Constitution du Mali du 12 janvier 1992 promulguée par le décret du 25 février 1992⁴⁷⁰. L'article 25 de ladite loi réaffirme son appartenance en qualité d'institution de la République et va créer la Cour constitutionnelle. La section constitutionnelle sort ainsi à cette date de la Cour suprême pour devenir indépendante.

Quatre ans plus tard, la loi organique du 16 décembre 1996⁴⁷¹ va organiser de façon cohérente la Cour. La section judiciaire, composée d'un président de section et de quinze conseillers, se divise en chambres : deux chambres civiles, une chambre criminelle, une chambre sociale et une chambre commerciale. La chambre judiciaire est compétente pour connaître de la violation de la coutume⁴⁷². Quant aux contentieux coutumier, il peut être évoqué par les deux chambres civiles auxquelles s'adjoignent deux assesseurs représentant la coutume des parties⁴⁷³. Ces assesseurs ont voix délibérative.

En ce qui concerne la jurisprudence au Mali, parallèlement à la création des institutions, pour contrer le droit coutumier, va être promulgué le Code du mariage et de la tutelle par la

⁴⁶⁶ Loi n° 61-55/AN-RM du 15 mai 1961.

⁴⁶⁷ Source : Bulletin d'information du premier semestre 2011 de la Cour suprême du Mali.

⁴⁶⁸ Loi n° 65-1/AN-RM du 13 mars 1965.

⁴⁶⁹ Loi n° 61-55/AN-RM du 15 mai 1961 portant organisation judiciaire, citée supra.

⁴⁷⁰ Décret n° 92-0731 P-CTSP du 25 février 1992.

⁴⁷¹ Loi organique n° 96-071 du 16 décembre 1996.

⁴⁷² Article 34.

⁴⁷³ Article 28.

loi du 3 février 1962⁴⁷⁴. Ce mouvement va s'amplifier avec l'ordonnance du 31 juillet 1973⁴⁷⁵ créant le Code de la parenté⁴⁷⁶, puis la loi du 16 mars 1987⁴⁷⁷ relative à l'état civil.

L'article premier de la loi du 3 février 1962 donne son positionnement par rapport à la religion et pose le principe de laïcité du mariage en déclarant que : « Le mariage est un acte laïc ». Il abroge également les coutumes et les régimes locaux sur le mariage⁴⁷⁸, notamment la coutume s'agissant de la dot⁴⁷⁹.

La jurisprudence de la Cour suprême du Mali a fait l'objet de recueils comme celui réalisé par Jean-Paul Arnoux⁴⁸⁰. Le programme d'appui à la réforme de la justice a également permis la publication de nombreuses jurisprudences de la Cour suprême⁴⁸¹ et de nombreux arrêts sont publiés sur le site internet de la Cour suprême⁴⁸² et sur Juricaf⁴⁸³.

Au Niger, les institutions judiciaires ont été créées par la loi du 16 mars 1962⁴⁸⁴ qui porte création d'une Cour suprême, de deux cours d'appel (Niamey et Zinder), d'une Cour d'assises, des tribunaux de première instance, des justices de paix et des tribunaux du travail.

⁴⁷⁴ Loi n° 62-17 du 3 février 1962 ; consultable à l'adresse : <http://www.justicemali.org/www.justicemali.org/pdf/01-mariage.pdf>.

⁴⁷⁵ Ordonnance n° 73-036 du 31 juillet 1973.

⁴⁷⁶ Source : <http://www.justicemali.org/www.justicemali.org/pdf/03-parente.pdf>.

⁴⁷⁷ Loi n° 87-27/AN-RM du 16 mars 1987 relative à l'état civil.

⁴⁷⁸ Article 45 de la loi du 3 février 1962.

⁴⁷⁹ Article 3 de la loi du 3 février 1962 citée supra. Pour être précis, la dot est considérée dans les pays musulman comme un principe fondamental pour la formation du mariage. L'article 3 cité, fait disparaître ce principe, le jugeant contraire à la laïcité.

⁴⁸⁰ JEAN-PAUL ARNOUX, « Principes arrêts de la Cour suprême du Mali en matière pénale » : 1986-1988, Ministère de la Justice du Mali, 1989.

⁴⁸¹ Pour les années 1998 à 2007, elles sont accessibles à l'adresse : http://www.justicemali.org/index.php?option=com_content&view=article&id=114&Itemid=67

⁴⁸² <http://www.cs.insti.ml>.

⁴⁸³ <http://www.juricaf.org>.

⁴⁸⁴ Loi n° 62-11 du 16 mars 1962.

La Cour suprême est remplacée par une Cour d'Etat en application de l'ordonnance du 13 août 1974⁴⁸⁵. Elle comportait trois chambres : judiciaire, administrative et des comptes. Par la loi du 13 juin 1990⁴⁸⁶, il y est ajouté une chambre constitutionnelle.

En raison du coup d'Etat du 9 avril 1999, la Cour d'Etat du Niger perd par la Constitution du 18 juillet 1999 la compétence constitutionnelle, qui est alors attribuée à la Cour constitutionnelle.

Cinq ans plus tard est publiée la loi organique du 22 juillet 2004⁴⁸⁷ fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger. Elle fixe notamment l'organisation judiciaire. A la tête des institutions judiciaires se trouve la Cour de cassation. Au niveau des cours inférieures sont créés les cours d'appel et les tribunaux de grande instance. Mais à l'issue du coup d'Etat du 18 février 2010, la Cour suprême devient Cour d'Etat par une décision du Conseil des ministres du 30 avril 2010.

La jurisprudence de la Cour suprême du Niger, ainsi que des tribunaux inférieurs, a fait l'objet d'une collecte de la part de la coopération canadienne et les décisions sont publiées jusqu'en 2008 sur le site Internet Juriniger⁴⁸⁸. Parallèlement, les décisions sont publiées sur le site Internet juricaf⁴⁸⁹.

Au Sénégal, la Constitution du 26 août 1960 prévoit dans son article 62 une Cour suprême de la République et une loi organique qui déterminera ses compétences, son organisation et la procédure suivie devant elle. Il s'agit de l'ordonnance du 3 septembre 1960⁴⁹⁰. Ce texte restera en vigueur jusqu'à l'adoption le 30 mai 1992 des lois organiques 92-23, 92-24, et 92-25 portant création de trois institutions : le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

⁴⁸⁵ Ordonnance n° 74-13 du 13 août 1974.

⁴⁸⁶ Loi n° 90-10 du 13 juin 1990.

⁴⁸⁷ Loi n° 2004-50 du 22 juillet 2004.

⁴⁸⁸ <http://www.juriniger.org>.

⁴⁸⁹ <http://www.juricaf.org> cité supra.

⁴⁹⁰ Ordonnance n° 60-17 du 3 septembre 1960.

La loi organique du 7 août 2008⁴⁹¹ portant création de la Cour suprême va revenir à la situation d'avant 1992, parce que « la création de plusieurs juridictions supérieures a eu un impact pernicieux sur les moyens budgétaires et les ressources humaines mis à la disposition de la justice ⁴⁹² ». Seul le Conseil constitutionnel garde son autonomie. La Cour suprême est ainsi constitué de quatre chambres :

« La chambre criminelle connaît des pourvois en cassation en matière pénale, la chambre civile connaît des pourvois en cassation en matière civile et commerciale, la chambre sociale connaît des pouvois en cassation en matière sociale ».

Chaque chambre peut être divisée en sections⁴⁹³.

En matière de droit musulman, par application de l'article 26, et uniquement en matière de succession, la chambre s'adjoit obligatoirement, avec voix consultative, un assesseur choisi parmi les personnes notoirement connues pour leur compétence en droit musulman. Cette adjonction est facultative dans toutes les autres matières relevant du Code de la famille. La liste des personnes pouvant être choisies en qualité d'assesseur est établie par le ministère de la justice.

Mentionné dans la loi de 2008, par son article 50, le service de documentation et des études reçoit tous les arrêts rendus par les chambres. Soutenu par le projet franco-sénégalais d'appui au Programme sectoriel Justice, ce service a été doté d'un matériel informatique performant et d'un système de gestion électronique des documents.

Depuis 1993, un bulletin semestriel des arrêts de la Cour suprême est publié par les éditions Giraf et l'Organisation internationale de la Francophonie. Depuis 1998, c'est le service de documentation qui édite les recueils. Tous ces arrêts sont également publiés dans la base de données Juricaf⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008.

⁴⁹² Exposé des motifs de la loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008.

⁴⁹³ Article 24.

⁴⁹⁴ <http://www.juricaf.org>.

S'il n'est pas remis en cause le fait que la diffusion de la jurisprudence est un des aspects qui favorisent le dialogue des cultures juridiques, on peut s'interroger sur la persistance des modèles actuels.

Si l'avènement d'Internet favorise grandement la compréhension des décisions judiciaires, ce moyen technologique est difficile d'accès en Afrique et notamment aux Comores⁴⁹⁵, à l'endroit même où s'exprime le besoin de faire connaître les particularités de leur droit.

Contrairement aux recueils traditionnels de jurisprudence édités sur papier, ces sites Internet ne sont pas pérennes et faute de financement, qu'il soit public ou privé, de très nombreuses décisions ne sont plus accessibles ou sont menacées d'une destruction numérique. En reprenant les termes d'Amadou Hampâté Bâ, dans son célèbre discours à l'Unesco en 1962 : « *En Afrique, quand un vieillard meurt, c'est une bibliothèque qui brûle* », nous pouvons faire une analogie avec le droit : la sauvegarde et la diffusion du droit sont les défis qui attendent les pays francophones et notamment les Comores.

Nonobstant son dysfonctionnement, la Cour suprême est placée selon la Constitution au plus haut hiérarchie juridictionnelle.

B- Une juridiction placée au sommet de la hiérarchie juridictionnelle

99. L'article 29 de la Constitution prévoit : « La Cour suprême est la plus haute *juridiction de l'Union* des Comores en matière judiciaire, administrative et des comptes de *l'Union et des îles* »⁴⁹⁶.

Il est à noter que depuis longtemps, toutes les constitutions des Comores parlent dans leur article 29 de la « Cour suprême ». Toutefois en réalité, cet organe juridictionnel et institutionnel n'a jamais vu le jour et plus d'une centaine de dossiers n'a pas été jugée, faute de fonctionnement de cette Cour.

Mais qu'est-ce qu'une cour suprême ? Si on laisse de côté le mot « cour » sur le sens duquel on peut facilement se mettre d'accord, il faut s'attacher à l'adjectif qualificatif

⁴⁹⁵ 95% de la population comorienne n'ont pas accès à Internet.

⁴⁹⁶ Art. 29 cité.

éphitète « suprême ». La lecture des dictionnaires fournit une définition claire : « qui est au-dessus de tout, en son genre ou en son espèce ⁴⁹⁷ ». Ou encore « qui est au-dessus de tout et de tous ⁴⁹⁸ ».

« Au-dessus de tout » laisse entendre que l'activité d'une cour suprême englobe tous les aspects du droit, ce qui fait apparaître le premier écueil. Le sens de l'adjectif superlatif qui ne prend aucun degré de comparaison doit être relativisé lorsque l'organisation judiciaire est calquée sur des distinctions relevant du droit substantiel dont celle du droit public et du droit privé est l'archétype. En Russie par exemple, il existe une cour suprême pour les questions de droit civil et une cour supérieure d'arbitrage pour le droit commercial, l'une et l'autre pouvant connaître des questions de droit administratif susceptibles de se poser à l'occasion d'un procès.

« Au-dessus de tous » traduit l'idée d'une juridiction supérieure à toutes les autres. L'exemple aujourd'hui le plus net est celui de la Cour suprême des Etats Unis qui se trouve au sommet du système fédéral tout en ayant aussi autorité sur les Cours des autres Etats dans les questions qui relèvent du droit fédéral. Dans une étude d'ampleur consacrée aux cours judiciaires suprêmes, André Tunc ⁴⁹⁹ avait retenu l'exemple de la Chambre des lords devenue Supreme Court of United Kingdom.

La Cour suprême doit avoir un rôle de clarificateur, elle doit statuer dans l'intérêt du droit plus que dans celui des plaideurs. André Tunc souligne : « *Douteuse serait l'utilité d'une cour suprême qui aurait pour seule mission d'essayer de statuer mieux que les cours d'appel. Sa raison d'être n'est pas là. Sa fonction essentielle ne peut être que de clarifier le droit et de le moderniser. Le litige dont une cour suprême est saisie n'est pour elle que l'occasion de remplir sa mission principale. Elle statue dans l'intérêt du droit donc de tous les citoyens plus que dans celui des plaideurs* ⁵⁰⁰ ».

⁴⁹⁷ Dictionnaire de l'Académie, depuis 1694.

⁴⁹⁸ Dictionnaire Larousse.

⁴⁹⁹ Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II « Synthèse, in La cour judiciaire suprême, Une enquête comparative, p. Bellet, A. Tunc (Dir.), Economica, 1978, p. 9.

⁵⁰⁰ Op. cit.

L'idée de suprématie, d'une juridiction située au « sommet » d'une hiérarchie organisée d'institutions juridictionnelles, qu'on pourrait appeler « autorité suprême » peut se décliner en plusieurs éléments :

Suprématie sur d'autres juridictions ; suprématie d'une cour au sommet d'une hiérarchie de juridictions. Ainsi, Denys de Béchillon considère que peuvent être considérées comme des cours suprêmes les juridictions qui possèdent « *un pouvoir de dernier mot à l'intérieur de leur ordre juridique propre*⁵⁰¹ ». Cette fonction est celle, en définitive, d'assurer une unification des jurisprudences au sein d'un ordre juridictionnel défini.

Suprématie au sein d'un ordre juridique, c'est-à-dire d'une hiérarchie des normes, parce que les décisions de la Cour suprême exercent une autorité décisive, c'est-à-dire définitive en droit, à l'égard des autres juridictions et des pouvoirs publics, assurant ainsi une « *unité d'application du droit*⁵⁰² ». On peut ainsi, selon ce critère, considérer que la Cour constitutionnelle entre dans cette catégorie. Sa décision exerce une autorité décisive, c'est-à-dire définitive en droit à l'égard des autorités publiques et des autres juridictions, ainsi que l'indique par exemple l'article 4 de la Constitution de l'Union des Comores : « *Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent à toute autorité ainsi qu'aux juridictions sur tout le territoire* ».

Suprématie « doctrinale » ou « principielle », si l'on préfère. La règle de droit posée par la cour suprême l'emporte sur celles posées par les juridictions inférieures et est reconnue comme telle par ces juridictions inférieures. Il s'agit pour la cour suprême de traiter les questions « de principe », qui déterminent l'interprétation de la loi et orientent son application par les juridictions inférieures.

Il est naturel de s'intéresser aux fonctions de la Cour suprême pour bien cerner son mode de fonctionnement.

⁵⁰¹ D. Béchillon, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie mesurée du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33.

⁵⁰² X. Magnon, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in Long cours. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Bon, Dalloz, 2014, p. 305. V. aussi L. Favoreu, « Cours suprême et cours constitutionnelles », in L. Cadiet, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 277.

§2 : Les fonctions de la Cour suprême

100. On va s'intéresser dans un premier temps à la question des juges du jugement que comprend la Cour suprême pour bien fonctionner (A) avant de s'intéresser dans un deuxième temps sur les enjeux de ladite Cour (B)

A- Les juges du jugement

101. John Anthony Jolowicz déclare « Le juge de cassation qui interprète ou adapte la norme est donc nécessairement inspiré par l'intérêt général. Cette démarche n'est pas autre chose que la recherche de la justice sociale. C'est ce que nous faisons tous les jours dans l'activité jurisprudentielle : compléter la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de poser une règle interprétative visant à la satisfaction d'un intérêt général supérieur. En définitive, à la suite du législateur, dans l'espace d'interprétation que lui ouvre la loi, le juge contribue à la recherche de la solution collectivement optimale⁵⁰³ ». Cette citation illustre bien l'énorme travail des juges de la Cour de cassation, à savoir veiller à la préservation de l'intérêt général en faisant respecter la loi. Il s'agit d'une interprétation extensive de la citation célèbre de Jean Jacques Rousseau selon laquelle : « La loi, est l'expression de la volonté générale⁵⁰⁴ ».

Ici il convient de parler du rôle d'une Cour suprême dans une démocratie. On a précédemment dit que le rôle d'une Cour suprême n'est pas de rectifier les erreurs individuelles des tribunaux placés au-dessous de celle-ci. Ce travail incombe aux cours d'appel. La Cour suprême n'a pas comme rôle de trancher sur le fond du litige en assurant un contradictoire entre les deux parties : « la première préoccupation de la Cour suprême d'une démocratie n'est pas de rectifier les erreurs individuelles des tribunaux de rang inférieur. Cette tâche revient aux cours d'appel. Le souci de la Cour suprême va au-delà, elle se rapporte à une action rectificative englobant le système tout entier. Cette action rectificative

⁵⁰³ G. Canivet, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », LPA 19 mai 2005.

⁵⁰⁴ Jean Jacques Rousseau, du Contrat social, 1762.

C'est ce qu'on peut appeler la fonction « politique » des cours suprêmes : ne pas rester isolée sur le plan institutionnel ou, plus exactement, tenir compte de cet environnement institutionnel dans la prise de décision. C'est à la fois une évidence et aussi un danger pour un juge suprême : prendre ses décisions en faisant prévaloir le contexte sur les principes de droit.

La Cour suprême n'étant pas un troisième degré de juridiction statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. Cette compétence nationale doit couvrir l'ensemble des décisions des juridictions de l'ordre juridictionnel que chapeaute cette cour suprême.

Statuer en droit et en fait⁵⁰⁶, c'est-à-dire posséder l'intégralité des compétences juridictionnelles. Sur ce point, on peut considérer que la spécificité d'une cour suprême est justement de ne statuer qu'en droit, en laissant au juge du fond l'appréciation des questions de fait dont il doit rester le maître. C'est la signification même du contrôle de cassation. La cour suprême a un rôle d'interpréteur de la loi.

Il faut noter aussi qu'une Cour suprême est une juridiction appelée à juger, elle est soumise à un principe d'autonomie qui peut s'expliquer sous deux angles :

- L'indépendance, une cour suprême doit bénéficier d'une indépendance fonctionnelle, de l'indépendance des membres la composant, dont le statut doit les protéger de l'atteinte par les autres pouvoirs, ce qu'on peut qualifier d'autonomie de la cour suprême. On a vu précédemment que les juridictions comoriennes souffrent de dépendance par exemple la Cour constitutionnelle (Supra).

⁵⁰⁵ A. Barak, « A judge on Judging: The Role of a supreme Court in a Democracy », Harvard law Review, vol. 116, n° 1, nov. 2002, publié sous une forme plus brève, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », RFDC, n° 66, 2006, p. 227 et s.

Selon BREYER Stephen « Lorsque des juges de différents pays entretiennent un dialogue sur des problèmes juridiques de fond, comparent des procédures ou évaluent l'efficacité de pratiques judiciaires, ils n'échangent pas seulement des idées sur les outils spécifiques de la profession. Ils font bien plus. Ce qui sous-tend ces rencontres, leur non-dit en quelque sorte, c'est la lutte permanente contre l'arbitraire.

⁵⁰⁶ R. Drago, La cour de cassation, Cour suprême, in L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993, Doc. Fr. 1994, p. 19.

- Unique dans son champ de compétence, afin de ne pas voir ses décisions soumises à la concurrence d'autres juridictions de même niveau, c'est-à-dire exercer une autorité juridictionnelle unique, à champ de compétence nationale, sans restrictions ni exceptions.
- Autorité absolue de ses décisions, dans son champ de compétence. C'est l'expression la plus visible de la puissance d'une cour suprême. Aharon Barak ajoute un point qu'il faut analyser : « *la confiance manifestée par le public à l'égard des juges* ⁵⁰⁷ », c'est-à-dire la confiance dans l'indépendance, l'équité et l'impartialité des juges, mais aussi la confiance dans le respect de la déontologie judiciaire ; la confiance accordée aux juges quant au fait qu'ils n'ont pas d'intérêts dans le contentieux, et qu'ils ne luttent pas pour leur propre pouvoir mais pour la protection de la Constitution et de la démocratie ; la confiance en ce que le juge n'émet pas ses propres opinions mais énonce plutôt les croyances fondamentales de la Nation.

Il faut prévoir des limites à cette autonomie de la cour suprême, et c'est au pouvoir législatif ou au pouvoir constituant qu'il incombe de prévoir des atténuations à cette autonomie, en se laissant la possibilité de pouvoir modifier les compétences et l'organisation de la cour suprême et donc sa position dans l'Etat et à l'égard des autres juridictions. Et c'est bien le cas de la perte de confiance de l'opinion à l'égard de ces juges, soient parce que leur comportement est désavoué par des actes indignes, soit parce qu'ils tordent le droit ou se soumettent aux pressions des autres pouvoirs et rendent des décisions qui les rendent fortement suspects de collusion avec les autres pouvoirs, particulièrement le pouvoir exécutif.

Une fois dans l'histoire judiciaire comorienne on a vu un juge démissionné⁵⁰⁸ de ses fonctions suite aux pressions politiques et notamment celle du Président de la République.

⁵⁰⁷ A. Barak, art. préc., p. 248, et p. 252 et s.

⁵⁰⁸ Démission de magistrat Ali Abdou Elaniou, pendant la période Abdallah, Président de la République des Comores (23 mai 1978-26 novembre 1989). Ce premier magistrat du pays surnommé d'ailleurs (Ali juge), n'ayant pas accepté de se soumettre aux pressions politiques mais n'ayant pas non été poussé à la porte a décidé lui-même de quitter le corps magistral et s'installer à Paris pour exercer la profession d'avocat. Il est aujourd'hui l'un des tenors du Barreau de Moroni.

B- Les enjeux de la Cour suprême

102. Situé au sommet de son ordre juridictionnel, chargé de contrôler la légalité des décisions rendues en dernier ressort par les juridictions subalternes, le juge de cassation a une mission qui touche au plus près la fonction législative ou réglementaire en ce qu'il garantit le respect et la bonne application qui est faite de la loi. Ce rôle de juge de cassation porté par la Cour suprême mérite une analyse plus profonde. On retient cette formule de T. Sauvel : « nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous lui demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions être non pas seulement jugés, mais si possible persuadés, ce qui est bien autre chose⁵⁰⁹ ».

Lorsque l'on analyse cette citation de T. Sauvel, l'on peut comprendre que le juge de la cassation est tenu à un rôle très important en matière judiciaire. Cette citation montre que la motivation des décisions de justice est trop souvent perçue de manière restrictive. Elle ne semble trouver sa raison d'être que dans l'explication de la décision, c'est-à-dire qu'elle devrait permettre de faire comprendre les raisons qui ont poussé le juge à retenir telle ou telle solution. Ce juge de cassation devrait donc expliquer de manière claire et précise ses choix afin que les parties soient à même d'être persuadées du bien-fondé du raisonnement du juge du fond.

Le rôle du juge de cassation est très important mais difficile. Il est tenu à un devoir d'effort dans sa prise de décisions. Il doit rendre sa décision intelligible, compréhensive pour toutes les parties. Cet effort se matérialise comme le déclare T. Sauvel par : « un genre littéraire très spécial, dans lequel tous les mots comptent et ne peuvent être employés qu'à bon escient ; genre où la rigueur est de règle, où l'imprécis ne trouve jamais place, où le moindre à peu près devient une erreur⁵¹⁰ ».

Ceci montre que ce juge doit disposer d'une certaine technique et d'une certaine qualité d'esprit. Cette motivation des décisions du juge devient un outil de recherche du savoir juridique.

⁵⁰⁹ T. Sauvel, Histoire du jugement motivé, rev. Dr. Pub. Et sc. Pol. 1955, p. 51 et 52.

⁵¹⁰ T. Sauvel, Ibid, P. 48.

La motivation du juge ne doit pas être explicative, mais doit être corrective du savoir juridique. Sa motivation devra se vérifier, notamment dans l'analyse du raisonnement des juges du fond. Cette analyse sera le moyen de reprendre le raisonnement de ces derniers et de relever les erreurs qui avaient été commises. Cette tâche, qui consiste à expliquer et corriger un raisonnement n'est pas chose facile. Expliquer un raisonnement ou le corriger emporte l'emploi d'arguments, de développements et de réflexions dont les juristes ne doivent pas sous-estimer l'importance.

Le vénérable Jorghe, qui affirmait à ses frères qu'il n'y avait point de progrès dans les vicissitudes du savoir⁵¹¹, avait tort. La motivation d'une décision doit justement permettre de donner un certain mouvement au savoir des juristes. De ce mouvement devront naître de nouveaux arguments auxquels l'on n'avait pas pensé. De ce mouvement naîtra aussi la découverte d'erreurs dont l'existence même n'avait pu être soupçonnée. De là cette fonction de motivation est devenue un facteur d'enrichissement du savoir juridique.

Le juge est tenu avant tout à une fonction explicative et constructive dans son interprétation littérale. Comme le souligne J. L. Bergel : « la première tâche de l'interprète consiste en une lecture scrupuleuse des textes à interpréter. L'analyse littérale est destinée à comprendre le texte lui-même en précisant le sens des termes et en tirant de leur place dans une phrase, de sa structure, de la ponctuation..., sa signification actuelle. Son utilité est fondée sur l'idée que le texte exprime très exactement la pensée du législateur⁵¹² ».

Cette citation signifie que l'interprétation de la loi commence par celle de sa lettre, elle se veut explicative et constructive. Elle est tout d'abord explicative car les mots ont un sens, une raison d'être et c'est précisément au juriste de trouver ce que signifient ces mots. L'interprétation littérale se veut aussi constructive. Le juge doit être conscient que les mots peuvent revêtir plusieurs sens car ils sont « patinés » par l'expérience, « le vécu » de celui qui les utilise. Cette découverte du sens n'est pourtant pas neutre, le juge aussi possède son expérience, son vécu, son appréhension du monde et des choses. Le juge doit avoir l'esprit qu'il n'arrivera jamais à expliquer une fois pour toutes le sens que le législateur a voulu donner aux mots. C'est ainsi que doit s'opérer ce travail de reconstruction du sens en ayant clairement à l'esprit que c'est le juge qui, en définitive, donnera en partie leur définition aux

⁵¹¹ Du film : « Le nom de la rose » de Jean-Jacques Annaud, adaptation cinématographique du palimpseste d'Umberto Eco.

⁵¹² J. L. Bergel, Méthodologie juridique, P.U.F., coll. « Thémis, Droit privé », 2001, p. 237.

mots car « *n'importe quel discours, une fois prononcée ou écrit, est détaché des circonstances de son apparition, son sens n'est plus l'intention de celui qui l'a prononcé, mais autre : une intention qui, selon les lecteurs, les auditeurs, va être identifiée voire réinventée, inventée* ⁵¹³ ». D'où l'intérêt d'une doctrine, d'universitaires qui commentent.

Il peut paraître curieux d'affirmer avec autant de facilité qu'il incombe au juge de reconstruire et de donner une définition aux mots que le législateur a utilisé. Le travail du juge s'inscrit dans un travail de reconstruction. Cette dernière prend sa source dans une technique juridique qui doit permettre au juge d'expliquer, dans sa décision, les raisons pour lesquelles un sens particulier a été retenu plus qu'un autre. L'évidence première est, pour le juge, de remarquer qu'un mot peut avoir un sens différent selon qu'il est entendu dans son acception juridique ou dans son acception usuelle. Il est tenu de faire un effort de distinction des mots car les destinataires de la décision sont les juristes et les parties. Or ces dernières ne possèdent pas « le jeu du langage juridique ».

De la même façon, le juge doit préciser le sens particulier du mot qu'il utilise. Ainsi, il peut affirmer que le mot « *délit, n'est pas ici pris dans son sens légal, mais n'est employé que comme un terme générique* ⁵¹⁴ ».

Le juge de la Cour suprême étant un juge de cassation, est autorisé à procéder à un raisonnement par analogie a fortiori et a contrario « Le raisonnement par analogie, souvent appelé *argument a priori* consiste, dans le silence de la loi, à déduire d'une ressemblance entre deux choses, deux droits, deux situations, une similitude de régime juridique ⁵¹⁵ ». L'argument permet donc aux juristes de construire leurs raisonnements par référence à d'autres situations qui se justifient par leurs identités de raison. Pour la clarté du raisonnement, il est toutefois, nécessaire d'indiquer, dans la décision, les éléments qui procèdent de l'analogie. Cela permettra au lecteur de relever les rapprochements effectués. On peut prendre comme exemple, l'article 3 al.3 du code civil français disposant que « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en

⁵¹³ G. Vigneaux, l'argumentation. Du Discours à la pensée, éd., Hatier, coll. Optiques philosophies, p. 52 et 53.

⁵¹⁴ Cass. Crim., 24 mai 1850, Bull. crim., 1850, p. 259 et s.

⁵¹⁵ J. – L. Bergel, op. cit. p. 244.

pays étrangers⁵¹⁶ ». Ici le législateur ne dit rien concernant les étrangers, ce qui peut amener le juge à procéder à un raisonnement bilatéral, et a contrario afin d'accorder aux étrangers le même statut que les Français. Donc a contrario, ou par analogie « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les étrangers même résidant en France* » .

Outre ce raisonnement par analogie, il existe un autre raisonnement qui peut être utilisé par le juge. Il s'agit du raisonnement par déduction ou induction. « La méthode déductive, la synthèse, caractérise surtout la logique mathématique où à partir de propositions de base, toutes les autres propositions se laissent démontrer comme théorèmes. Le raisonnement inductif part des phénomènes observés pour en induire, par des hypothèses provisoires, des principes dont on vérifiera ensuite l'exactitude en en déduisant les diverses conséquences⁵¹⁷ ». C'est-à-dire que le juge doit prendre la peine de noter, dans sa décision, les parties de son raisonnement qui sont déductives et celles qui sont inductives.

Il a été admis dans la loi organique portant réforme de la cour suprême comorienne que le pourvoi en cassation ne peut être formé que pour violation de la loi. Ceci confirme l'assimilation de la cour suprême en une cour de cassation⁵¹⁸. Il a été également prévu que la violation de la règle de droit musulman est assimilée à la violation de la loi qui comprend, « *l'incompétence, la fausse interprétation de la loi, l'excès de pouvoir, l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité et la violation de l'autorité de la chose jugée* ⁵¹⁹ ».

La section judiciaire de la cour suprême devra également se prononcer sur les demandes en révision des procès criminels et correctionnels, sur les demandes de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique, sur les règlements de juges entre juridictions n'ayant hiérarchiquement aucune juridiction supérieure commune et sur les demandes de partie à partie contre une cour d'appel, une cour d'assises, une juridiction entière ou contre un membre de la cour suprême.

Les contrariétés des jugements ou arrêts rendus en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens par différentes juridictions de l'ordre judiciaire font partie des

⁵¹⁶ Il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger « Civ 1^{er} 28 juin 2005 ».

⁵¹⁷ Ibid, p. 140.

⁵¹⁸ A noter qu'en France d'autres formes de cassation sont possibles.

⁵¹⁹ Art. 31 alinéa 2 de la loi organique portant réforme de la cour suprême comorienne.

domaines dans lesquels la section judiciaire de la cour suprême doit se prononcer. Le juge de cassation est chargé d'une mission très lourde qui demande des compétences précises et une véritable rigueur.

En France, même la mission de la cour de cassation est de nos jours fortement décriée et les écrits ne manquent pas où l'on fustige la faiblesse de la motivation de ses arrêts. Les études critiques sont nombreuses. Leurs sources sont multiples ; aussi bien les universitaires que les magistrats s'accordent à condamner ou regretter le caractère laconique d'un grand nombre d'arrêts.

Adolphe Touffait et André Tunc ont été les premiers auteurs à critiquer les arrêts rendus par la cour de cassation⁵²⁰. Le juge de cassation est tenu de motiver toutes ses décisions pour toutes ses formes.

Quant aux conditions de travail des juges de cassation, les commentaires des avocats comoriens sont nombreux. Aujourd'hui plus que jamais, il faut se doter d'une nouvelle justice qui doit disposer de plus de moyens. La cour de cassation semblait être la grande absente au sein du système judiciaire comorien. Aujourd'hui, elle est mise en place par le décret de 2011. Le jour va se lever, les magistrats qui viennent d'être nommés devront se rendre à leur travail. Première chose à faire, trouver l'adresse de la cour. Or la surprise sera grande car celle-ci n'a pas d'adresse, c'est-à-dire n'a pas de siège fixe. Il semble curieux de voir que la plus haute juridiction des Comores, celle où devront travailler les plus hauts magistrats du pays, n'a ni adresse, ni locaux⁵²¹. Le décret prévoit pourtant la mise en œuvre de la cour de cassation sans pour autant prévoir les lieux dans lesquels cette haute juridiction sera installée.

Pour assurer un bon fonctionnement de ladite cour, il est nécessaire de s'ouvrir à l'étranger, et notamment de collaborer avec la France. La Cour doit fonder son interprétation des lois sur des sources juridiques françaises⁵²². Il faut intensifier les relations avec les

⁵²⁰ A. Touffait et A. Tunc, « pour une motivation plus explicite des décisions de la justice, notamment de celles de la cour de cassation », R.T.D. civ., 1974, p. 487 et s.

⁵²¹ Jusqu'à présent, le pouvoir politique n'a pas trouvé de siège fixe pour cette cour, ce qui laisse bien croire que depuis 2011, la cour suprême, existe bien dans tous les textes relatifs à l'organisation juridictionnelle et judiciaire, sans une réelle existence.

⁵²² Cf, Stephen BREYER, « La Cour suprême, le droit américain et le monde », Odile Jacob, 2015. En 2004 fut soutenue une proposition de loi interdisant aux juges des Etats-Unis, sous peine de destitution, de fonder l'interprétation des lois sur des sources juridiques d'origine étrangère.

juges et les juristes de la France, c'est-à-dire créer une « diplomatie judiciaire ». Ces échanges permettront l'édification de la diversité de juges et de jurisconsultes propice à la circulation des standards du raisonnement juridique et de la promotion mondiale de l'Etat de droit.

Les juges de cassation vont-ils travailler chez eux ?

Le juge de cassation devait éventuellement se rendre à la cour pour faire des photocopies mais là encore les difficultés apparaissent. Elle n'a pas de secrétaire car il n'a pas de siège fixe, c'est donc à lui de faire les photocopies par ses propres moyens. Ceci pourrait apparaître comme une difficulté sans incidence. Néanmoins, cette difficulté contribue à allonger les temps de jugement et autres. Ceci ne semble pas être, du reste, en adéquation avec les besoins actuels de célérité de la justice.

Rappelons enfin que les dossiers de cassation sont bien plus volumineux que les dossiers des autres juridictions, les amener de la maison au véhicule ou les tenir pendant le trajet demande un effort non négligeable. Ces conditions de travail sont-elles dignes d'une cour suprême ? Comment la cour peut-elle effectuer un travail de qualité si les juges n'ont pas de salles pour travailler ?

Le juge de cassation a conscience de toutes ces difficultés. Il a également conscience de son impuissance, et son image s'en trouve nécessairement ternie. Celle-ci est fondamentalement soumise au bon vouloir du pouvoir exécutif et ceci accentue les tensions. Quant à l'autorité de la cour, le nombre de magistrats et ses moyens dépendent essentiellement du pouvoir politique, ce qui remet en cause cette idée d'« autorité » de la justice. L'idée selon laquelle la cour suprême constitue un pouvoir autoritaire ne signifie pas qu'une décision brève et certaine suffirait. N'oublions pas cette citation d'un conseiller français à la cour de cassation selon laquelle « une décision de justice ne perd rien de sa signification et de son autorité à être brève : bien au contraire ».

Les juges de cassation détenaient au XIX^e siècle, une autorité qui s'imposait de par sa valeur. Aujourd'hui, cette autorité doit s'imposer de par le pouvoir. L'arrêt « Perruche⁵²³ » est classé en France, parmi les arrêts les plus controversés de cette décennie. Retenons l'attendu du principe : « attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le

⁵²³ Cass. Civ., 17 nov. 2000, n° 99-13-701.

médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

L'article 1240 du code civil semble être la seule alternative à la question posée. Or les juristes français savent que l'article 1382 du code civil était inapplicable en l'espèce. Il n'y avait pas de lien de causalité entre la faute du médecin et le prétendu préjudice de l'enfant⁵²⁴.

Pourquoi une telle solution ? Là encore, les juges ont préféré faire œuvre de camouflage et ceci au mépris des textes. L'on peine à croire que toutes les considérations économiques, sociales ou éthiques de l'arrêt n'aient pas été examinées par les juges. Elles ont bien été prises en compte. Néanmoins, les juges ont refusé de les mentionner de manière explicite dans la décision. C'est-à-dire que la décision ne nous présente qu'une seule partie du raisonnement. En effet, seule l'approche civile est présentée par le juge et non l'approche sociale. Or c'est bien cette dernière qui semble être la clef de voûte du raisonnement de ce dernier. Le juge a préféré fonder sa décision sur une approche civile alors que c'est l'approche sociale, seule, qui a commandé son raisonnement. Une cour de cassation se doit de donner des motifs purement explicatifs. D'où la lourde tâche qui attend les juges de la cour suprême comoriens.

⁵²⁴ Voir les rédactions des professeurs C. Labrusse-Riou et B. Mathieu, D. Mazeaud, D. 2000, n° 44.

Conclusion de la première partie

103. L'objectif poursuivi dans cette première partie de la pluralité des juridictions a été de dégager une définition des notions de juridiction milanantsiste, le anda et coutume bangwenienne. Ensuite il a été nécessaire de définir aussi les juridictions religieuses d'inspiration islamique et enfin, les juridictions étatiques d'inspiration française.

Dans cette partie on a aussi abordé la question de l'organisation des juridictions dans l'optique d'un ordre juridictionnel en commençant par l'organisation dualiste des juridictions qui a pour but de séparer juridictions de droit privé et juridictions du droit public. La question des juridictions supérieures (Cour constitutionnelle et Cour suprême, cour de cassation).

L'étude de cette première partie, nous a permis de comprendre qu'à l'état actuel des choses, la justice comorienne moderne n'est pas encore sortie du tâtonnement et de l'application confuse qui caractérisent les règles issues des coutumes, de la tradition de Mila Na Ntsi et du fiqh.

Il faut avant tout découvrir les véritables traits qui rend le système juridictionnel comorien complexe. Toutes ces juridictions sont dotées de juges et des règles spécifiques différentes qui se contredisent nonobstant leur homogénéisation. Admettre que des règles juridiques diamétralement opposées issues de systèmes complètement différents puissent cohabiter, c'est créer des procès contradictoires. On peut certes admettre que plusieurs législations puissent exister dans un seul pays, mais l'existence de celles-ci nécessitent une organisation forte et une répartition pure et simple de compétence.

Il est tout à fait logique d'assister dans la vie de tous les jours à des procès inéquitables, confus, et incohérents dès l'instant qu'on admet la présence sur le territoire des Comores de plusieurs règles juridiques différentes qui ne produisent pas les mêmes les mêmes solutions et les mêmes effets même sur les litiges de même nature.

Pour faire fonctionner convenablement les juridictions étatiques d'inspiration française, il faut obligatoirement assurer une séparation effective de celles-ci avec celles coutumières et religieuses, en répartissant pour chacune d'elles leur domaine de compétence matérielle. Les

Une attention particulière doit être portée quant à l'adoption des textes sous forme de lois et règlements. Recopier des règles issues de législations étrangères pour juste combler les vides juridiques ou tout simplement pour paraître moderne aux yeux de notre homologue français, n'est pas souhaitable. Les règles juridiques d'un Etat de droit comme les Comores doivent être lisibles, cohérentes et doivent avoir une prise effective sur la vie quotidienne des gens.

La fonction de juger est soumise à des principes directeurs. Ces principes obligent le juge de s'y soumettre ; ces principes sont universels et ont valeur constitutionnelle. Ils sont impératifs pour toute justice qui se déclare démocratique ; le juge doit s'y conformer.

Deuxième partie : Le juge comorien face aux impératifs de justice

104. Contrairement à ce que l'on pourrait croire de prime à bord, la notion de « juge naturel » ne ressortit pas à la philosophie, ni même au droit naturel, mais appartient totalement au domaine juridique et même à l'un de ses aspects les plus techniques : le droit processuel⁵²⁵. Le juge naturel est, naturellement, celui du litige concerné ; il est celui vers lequel, naturellement, ce litige est orienté pour être tranché. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'adjectif « naturel », et non en référence à la notion de droit naturel . Cette définition emporte toute une série de conséquences au regard des règles de répartition des compétences juridictionnelles. Celles-ci sont toujours gouvernées par un même objectif : que chaque litige trouve son juge naturel.

Dans cette partie, deux questions méritent d'être abordées, une portant sur les fondements mêmes d'une justice en tant que juridiction disant le droit (Titre 1) et ensuite la question des difficultés rencontrées par celle-ci du fait du pluralisme juridique auquel elle se trouve confronté (Titre 2).

⁵²⁵ CADIET L., « Droit judiciaire privé », Paris, Litec, 8^e éd., 2013, avec E. JEULAND. – GAUDEMET-TALLON H., L'introuvable « juge naturel », in mélange JEAN GAUDEMET, Nonagesimo anno, Paris, PUF, 199, p. 591-612. LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCDAI, 1986, I, p. 13-237. – MARTENS P., « A propos de l'arrêt Bulut, observations sur la « tyrannie de l'apparence », » RTDH, 1996, p. 641. RENOUX T. S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », RTD civ. 1993, p. 33-58. – VINCENT J. § GUINCHARD S., et Alii « Procédure civile », Paris, Dalloz, 32^e éd., 2014.

Titre I : Le respect des fondements de la justice

105. Le respect des fondements de la justice, implique naturellement la possibilité pour tous de pouvoir saisir un juge pour faire entendre sa cause. C'est la question du droit au juge, qui signifie principalement que celui-ci ne doit pas varier en fonction du justiciable concerné. Cette légitimité du juge implique que tout justiciable placé dans une situation identique soit jugé par une juridiction compétente, indépendante et impartiale. Dans cette partie, mérite d'être étudiée la question de l'accès au juge (Chapitre 1) qui est un droit reconnu à tous citoyens ayant un intérêt à agir, mais aussi mérite d'être minutieusement traitée ici la question de la neutralité du juge (chapitre 2) qui est un impératif et une vertu vis-à-vis du justiciable.

Chapitre I : La question de l'accès au juge

106. Le juge n'est autre qu'un tiers appelé à trancher un litige entre des parties en toute indépendance et impartialité. Il est de ce fait, tenu de respecter les règles de droit destinées à régler le litige tout en suivant une procédure élaborée pour faire en sorte que sa décision soit le fruit de son arbitrage et non de son arbitraire. Comme le souligne Bonfils « La procédure peut et doit être envisagée comme science et comme art. Comme science, elle a pour objet les principes généraux du droit, les règles fondamentales qui sont les assises d'un Code, les bases des dispositions légales et qui fournissent la raison justificative des injonctions de la loi positive. Ces principes constituent l'essence même de la procédure, sa substance intime et profonde. Néanmoins, le législateur les a presque toujours passés sous silence, tout en adoptant leurs conséquences et leurs déductions. Ils se manifestent implicitement dans les textes de la loi écrite, comme certains gisements métalliques se traduisant à l'œil du géologue par la coloration extérieure du sol. Qui ne sait pas assimiler ces principes générateurs ne saura jamais la procédure, n'en aura pas pénétré l'esprit, n'en aura pas acquis l'intuition, sa mémoire lui permet-elle de répéter sans broncher les articles d'un Code ou les formules d'un vade mecum. Le praticien qui ne possède pas ces règles fondamentales est fatalement voué à une intelligence routine, qui le laisse impuissant ou maladroit devant des faits, des hypothèses non expressément visées par le texte légal⁵²⁶ ». Il faut rappeler que la nuit d'août 1789 le principe du juge naturel fut proclamé, au moment même où ont été abolis les privilèges, les juridictions seigneuriales, ecclésiastiques et municipales. C'est encore au mois d'août mais l'année suivante, que fut posée l'interdiction pour les justiciables d'« être distraits de leurs juges naturels⁵²⁷ ». Le principe du droit au juge naturel a ensuite été posé dans plusieurs constitutions françaises qui se sont succédé de 1791 à 1848⁵²⁸. Tout cela, montre que le principe d'accès au juge est un principe fondamental. Il convient tout au long de ce chapitre de démontrer dans un premier temps, le rôle du juge (Section 1) et dans un deuxième temps, aborder la question de l'accès au droit (Section2), qui est une condition sin qua non pour pouvoir accéder à ce dernier.

⁵²⁶ BONFILS H. « Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure », 3^e édition refondue par L. BEAUCHET, LGDJ, Paris, 1901, préface de la 2^e édition, p. 7.

⁵²⁷ Loi 16 et 24 août 1790, art. 17.

⁵²⁸ Const. 1791, titre III, chapitre 5, art. 4 ; Const. 1795, art. 204 ; Charte constitutionnelle 1814, art. 62 ; Charte additionnelle 1815, art. 60 ; Charte de 1830, art. 53 ; et Const. 1848, art. 53. Ce principe a également inspiré des constitutions étrangères comme la Constitution italienne de 1947 selon laquelle « nul ne peut être soustrait au juge naturel désigné par la loi », art. 25, al. 1^{er}.

Section 1 : Le rôle du juge

107. La notion de « juge » est le terme qui désigne, en particulier, toute juridiction de quelque nature, degré, ou ordre qu'elle soit. La fonction de juger s'incarne depuis toujours dans la personne qui remplit cette fonction, tiers impartial qui tranche entre ceux qu'un conflit oppose. Ce juge, s'il est juge étatique, occupe une fonction d'autorité, à la juridiction, le pouvoir de dire le droit dans un cas, s'ajoute l'imperium, le pouvoir de commandement traduit concrètement par l'opposition de la formule exécutoire à la fin du jugement. Le portrait du « bon juge » peut paraître relativement stable (rigueur, désintéressement, impartialité). Le juge doit avant tout remplir sa fonction de surveillant du bon déroulement de l'instance (§1), avant d'étudier la dimension qualitative du procès judiciaire (§2).

§1 Surveillant du bon déroulement de l'instance

108. Le principe posé par le Code de procédure civile est donc le suivant : le juge dispose des plus larges pouvoirs pour ce qui est de l'application du droit. Dans le Code de procédure civile, on reconnaît au juge deux rôles fondamentaux ; d'une part celui d'appliqueur de la loi, ce qui signifie le respect du principe de légalité, et l'autre, celui de créateur de droit par sa jurisprudence (A). Quant aux parties, elles disposent du monopôle du procès (B).

A- Le juge : bouche de la loi et créateur de droit

109. Le principe posé par l'article 12 du Code de procédure civile est que le « juge doit retenir, pour trancher le litige, les règles de droit qui lui sont applicables⁵²⁹ » et non celles que les parties lui ont indiquées ou imposées. L'alinéa 2 de ce même article exprime très clairement cette différence à propos des qualifications. D'après cet article, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits, et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée⁵³⁰ ». Si parmi les principes directeurs du

⁵²⁹ R. MARTIN, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? » : D. 1994, 308 ; L'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme contre l'article 12 : D. 1995, 20 ; voir NORMAND : RTD civ. 1996, 694. – A. PERDRIAU, De la découverte par le juge civil du fondement juridique de la demande : Gaz. Pal. 30 avr. , 1^{er} mai 1999, 10.

⁵³⁰ Le juge du fond est tenu de prendre parti sur la qualification juridique exacte des faits et actes allégués afin que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1982 : Bull. civ. I, n° 324. V. obs. J. NORMAND : RTD civ. 1988, 808 et s. et sur les devoirs de l'avocat de qualifier les faits et de proposer une règle de droit, G. BOLARD et G. FLECHEUX, « L'avocat, le juge et le droit » : D. 1995, chro. 221.

procès, l'article 12 oblige le juge à donner ou à restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes⁵³¹.

Si le juge constate qu'en vertu des stipulations voulues par les parties, un contrat entraîne un transfert de propriété, il doit requalifier le contrat en contrat de vente, à propos d'un prétendu cautionnement requalifié en contrat de prêt⁵³² et, à propos d'un prétendu partage, requalifier en transaction⁵³³.

De nouveau, se trouvait manifestée l'étendue des pouvoirs reconnus au juge en matière juridique. C'est ainsi par exemple que, si les parties ont invoqué une disposition qui n'est pas applicable au litige compte tenu du moment auquel se sont produits les faits litigieux, il appartient au juge d'appliquer le texte qu'il estime être applicable⁵³⁴. Ce qui n'est pas un simple truisme le juge applique la loi, ce qui exclut tout de même le recours à l'équité, mais implique encore que le juge recherche les règles applicables, même si les parties ne les lui suggèrent pas. A fortiori, il est interdit donc au juge de statuer en équité. L'on trouve parfois quelques décisions aberrantes dans lesquelles le juge se réfère à l'équité dans un souci d'économie ou de sentiment de justice primaire. La Cour de cassation les censure à chaque fois⁵³⁵, sauf si les parties ont donné mission au juge de statuer en amiable compositeur.

Si le juge doit relever d'office les moyens de droit applicables, alors le manquement à cette obligation peut être sanctionnée par le pourvoi en cassation et il n'est pas bon que les parties puissent reprocher au juge de ne pas avoir comblé leur propre carence ; ce qui implique au fond que l'on considère que les parties ont bien le devoir de fonder juridiquement leurs prétentions. La solution consistant à admettre que le juge n'a que le pouvoir et non l'obligation de relever d'office les moyens de droit, d'ailleurs en respectant

⁵³¹ Cass., ass. Plén., 21 déc. 2007 : Bull. civ. Ass. Plén. N° 10 ; BICC 15 avr. 2008, p. 18, rapport Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; D. 2008. AJ. 228, obs. Dargent.

⁵³² Civ. 1^{re}, 22 juin 1982 : Bull. civ. I, n° 233.

⁵³³ Civ., 1^{re}, 7 juillet 1981, Bull. civ. I, n° 250.

⁵³⁴ Civ., 3^e, 4 mars 1971, Bull. civ. III, n° 159.

⁵³⁵ Voir ainsi Civ. 2^e, 19 janvier 1983, Bull. civ. II, n° 10, Gaz. Pal. 1983. 1. Somm. 117, obs. S. GUINCHARD ; soc ; 11 mai 1994, D. 1995. 626, note C. Puigelier ; soc. 4 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 421.

scrupuleusement le contradictoire est sans doute la plus équilibrée, réserve faite éventuellement des mystérieux moyens d'ordre public.

Reste que le simple pouvoir de relever d'office les moyens de droit ne se déduit plus des textes et qu'il s'harmonise mal avec l'obligation de rectifier les qualifications erronées par les parties. En effet, on peut logiquement soutenir que toute introduction d'un moyen de droit nouveau implique une requalification et, réciproquement, que toute nouvelle qualification introduit un nouveau moyen de droit. Mais ce sont là des considérations un peu théoriques et, sur le plan pratique, la distinction entre « simple requalification » et relevé d'office d'un nouveau moyen de droit semble à peu près opératoire.

En matière de droit, les plus larges pouvoirs que la loi reconnait au juge ne sauraient toutefois porter atteinte aux prérogatives des parties. De là résulte deux limitations indirectes aux pouvoirs du juge. La première tient à la libre détermination, par les parties, de leurs prétentions en demande. Le juge ne peut pas appliquer d'office une règle de droit, qu'il estime applicable aux faits que lui ont soumis les parties, pour accorder au demandeur autre chose que ce que celui-ci a demandé, sous peine de méconnaître le principe dispositif. En revanche, lorsque deux règles sont dotées d'un même effet juridique ou qu'en l'espèce l'effet juridique des deux règles conduit au même résultat, le juge, qui constate que la règle de droit invoquée par le demandeur n'est pas applicable, a le pouvoir de retenir la seconde. La seconde limite tient au jeu de l'article 7 du Code de procédure civile selon lequel « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat⁵³⁶ ». Le juge ne peut « fonder sa décision *sur le résultat d'investigations personnelles* »⁵³⁷. C'est-à-dire que le juge ne peut fonder sa décision que sur des faits allégués par les parties.

C'est ainsi que le juge ne peut que débouter le demandeur lorsqu'il ne trouve aucune règle de droit permettant de lui donner satisfaction compte tenu des faits allégués, même si le juge est « moralement » certain que d'autres faits, non allégués, rendent en réalité sa prétention bien fondée. Il faut rappeler, à ce propos, que l'article 7 alinéa 2, permet au juge de « fonder sa décision sur tous les faits qui sont dans le débat, même ceux qui ne sont pas

⁵³⁶ H MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge » D. 1964, chron. 235 ; Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Etudes de droit contemporain, Sirey 1959, Fasc. XV, t. 2, p. 355 et s. ; L'office du juge au regard du fondement de l'action : JCP 52, II, 7325 ; S. 1954, 2, 50. – NORMAND, « Le juge et le fondement du litige », in Mélanges Hébraud, 1981, p. 595.

⁵³⁷ Civ. 2^e, 6 juillet 1978 : *ibid.* II, n° 182.

spécialement invoqués en soutien des prétentions⁵³⁸ ». Pour les faits allégués non contestés, la Cour d'appel n'est pas tenue de considérer que les faits allégués « sont constants, au seul motif qu'ils n'ont pas été expressément contestés⁵³⁹ ».

Si tous les faits correspondant au présupposé de la règle de droit applicable sont constatés dans la décision que rend le juge, et si ces faits ont été spécialement invoqués au soutien de la prétention, c'est une obligation qui pèse sur le juge. Cette obligation se déduit de la combinaison de ces deux situations : tout d'abord, le juge a entre les mains tous les éléments nécessaires pour statuer de façon satisfaisante. L'obligation qui pèse alors sur le juge trouve sa sanction dans la recevabilité devant la Cour de cassation des moyens nouveaux lorsqu'ils sont de pur droit, recevabilité que prévoit l'article 619 du Code de procédure civile.

Ensuite, les faits correspondant au présupposé de la règle applicable, ayant été spécialement invoqués au soutien de la prétention d'une partie, doivent attirer l'attention des magistrats au point de les amener à identifier la règle adéquate. En effet, en invoquant spécialement certains faits, une partie les met en exergue, elle les présente comme les fondements de sa prétention. Elle les signale comme étant importants. On peut alors légitimement attendre du juge qu'il envisage, de lui-même, toutes les « potentialités » juridiques liées à ces faits⁵⁴⁰.

Dès lors que, de surcroît, il a reconnu l'existence de ces faits, il n'a plus aucune excuse pour n'avoir pas appliqué d'office la norme qui s'imposait en l'espèce. La solution est différente lorsque tous les faits nécessaires à l'application de la règle n'ont pas été constatés par le juge ou que, ayant été constatés dans la décision, ils n'avaient pas tous été spécialement invoqués. Le juge n'est alors tenu d'aucune obligation. Selon les termes mêmes de la Cour de cassation, les juges du fond ne sont pas tenus de soulever d'office un moyen qui, impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'est pas de pur droit.

Dans toute procédure judiciaire les parties ont un rôle central à jouer pour mener à bien l'instance.

⁵³⁸ Voir notamment Civ. 1^{re}, 20 nov. 1984, Bull. civ. I, n° 315, p. 266, D. 1985, IR 265, obs. P. JULIEN.

⁵³⁹ Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980 : Bull. civ. I, n° 7 et civ. 2^e, 10 mai 1991 : Bull. civ. II, n° 142. RTD civ. 1992. 447, obs. NORMAND ; JCP 1991. IV. 258.

⁵⁴⁰ Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n° 01-00. 186, Procédures 2004, n° 123, note R. PERROT.

B- Les parties et leur action

110. La question des parties et leur action réside dans le libre accès à la justice (1) et de l'obligation de voir leur litige revêtir une force de chose jugée pour qu'elle soit exécutoire (2)

1- L'action et le libre accès à la justice

111. « *L'action* est un droit général découlant du principe du libre accès à la justice sans se confondre avec lui⁵⁴¹ ». L'action en justice est un droit procédural et non substantiel. Elle est précisément le droit procédural d'être entendu par le juge sur le fondement de sa demande⁵⁴². L'action est un droit et non seulement un acte de procédure⁵⁴³. Elle est rattachée à l'acteur et le conduit vers la réalisation de son droit substantiel. Son existence découle du principe du droit au juge aussi nommé libre accès à la justice. Son exercice nécessite pour le demandeur le respect d'autres principes.

Il se trouve des situations dans lesquelles l'action en demande va échouer avant même d'avoir été examinée sur le fond. Ce peut être en raison d'une exception de procédure qui sanctionne un défaut dans la régularité des actes effectués ou d'une fin de non-recevoir qui caractérise le défaut dans le droit d'agir. Les fins de non-recevoir sont énumérées aux articles 124 à 127 du recueil des textes nationaux en Union des Comores et à l'article 122 du Code de procédure civile. En droit français de la procédure, cette liste est non limitative a décidé la Cour de cassation. Cette procédure comprend des règles techniques telles que le défaut de qualité ou d'intérêt pour agir. On trouve par ailleurs dans ces articles l'expression de deux principes directeurs : le principe de célérité est à l'origine de la prescription et du délai préfix ; le principe de l'autorité de la chose jugée y est visé explicitement in fine.

Le rôle du juge, que l'on appelle souvent « *l'office du juge* » du latin « officium », qui signifie le « devoir », apparaît d'abord comme lié au fonctionnement du service public de la

⁵⁴¹ DESDEVISES Y. « Action en justice, juris-Classeur », Procédure, 1996, Fasc. 126-1, n°7, p. 2.

⁵⁴² Article 30 du Code de procédure civile. Il s'agit ici de la définition de l'action en demande. Le Code définit de même l'action en défense comme le droit de discuter le bien fondé de la prétention du demandeur.

⁵⁴³ CORNU G. FOYER J. « Procédure civile », PUF. Paris, 3è éd., 1996, n° 72, p. 312.

justice, au sens propre du terme⁵⁴⁴. Tout juge doit veiller au bon fonctionnement de « la machine » judiciaire, en évitant son engorgement et sa paralysie.

C'est pourquoi aux Comores l'article 810 du recueil des textes nationaux dispose que « le juge veille au bon déroulement de l'instance⁵⁴⁵ ». Bien qu'il n'existe aucune jurisprudence sur cet arrêt, il est possible d'en déduire que le juge est chargé d'une mission de direction générale de la procédure, au sens précis du terme, c'est-à-dire d'avancement du procès jusqu'à son terme normal qu'est le jugement.

En droit français, l'on trouve les mêmes règles qu'en droit comorien de la procédure. Néanmoins, il existe une différence entre ces deux pays. Celle-ci réside incontestablement dans la pratique de ces règles. En droit français, la cohérence de ces règles ne prête pas à discussion ; cette règle imposant un devoir de loyauté dans la procédure. Il résulte des articles 10, al. 1^e du code civil français et 3 du Code de procédure civile que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats⁵⁴⁶. Au Comores pas si évident, de nombreuses condamnations sont faites sans le respect des règles de la procédure. On peut citer par exemple l'affaire DJIBRIL arrêté et puis écroué juste parce qu'il aurait dit publiquement que le grand quâdi comorien était un mandiant et qu'il s'immisçait aux affaires judiciaires et joue un rôle influent vis-à-vis du politique.

Dans cet arrêt de 2005, il est souligné qu'« *une cour d'appel ne saurait écarter des débats une pièce produite en cours de délibéré par une partie, alors que cette pièce, comportant des éléments susceptibles de modifier l'opinion des juges, lui a été adressée le jour même de l'audience des plaidoiries, mais avait été reçue par l'adversaire, qui s'était abstenu de la communiquer, plus d'un mois avant la clôture des débats* ».

La mission du juge n'aboutit pas à enlever tout rôle actif aux parties. Les articles suivants du recueil (Code de procédure civile comorien) énoncent en effet que « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la

⁵⁴⁴ Sur le rôle précis, et restreint, que peut jouer la notion de service public de la justice, voir TH. LE Bars, « La théorie du fait constant », JCP G 1999, I, 178, p. 1969 ; J. NORMAND, obs. préc., sous Civ. 2^e, 10 mai 1991.

⁵⁴⁵ En France voire l'article 3 du Code de procédure civile.

⁵⁴⁶ Civ., 1^e 7 juin 2005 : Bull. civ. I, n° 241 ; D. 2005. 2470, note Boursier.

procédure dans les formes et délais requis⁵⁴⁷ ». Sur ce point encore, le Code de procédure civile français marque mais de façon partielle seulement, l'influence de la doctrine de Henri Motulsky, tiré d'un adage latin, dans lequel le juge dit au plaideur : « da mihi factum, tibi dabo jus », c'est-à-dire « donne-moi le fait, je te donnerai le droit ». Motulsky utilisait souvent l'expression selon laquelle « aux parties le fait, au juge le droit⁵⁴⁸ ».

Dans les mesures d'instruction, « la décision *qui ordonne une mesure d'instruction n'exonère pas les parties de leur obligation de conduire l'instance sous les charges qui leur incombent*⁵⁴⁹ ». Quant au retrait du rôle des parties « au cas où les parties considèrent de leur intérêt *d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose alors au juge*⁵⁵⁰ ».

L'expérience montre que ces principes sont loins d'être respectés par les juges comoriens. Lorsque le juge comorien a été saisi d'une affaire, il est fréquent qu'un juge tienne compte de l'appartenance de la partie ou des parties concernées. On voit très fréquemment ce genre de situations dans les décisions prises par les juges en Union des Comores. L'on voit parfois des délinquants et des criminels relaxés et acquittés alors même qu'ils ont reconnu les faits et ont été condamnés à des peines d'emprisonnement assorties de sûreté⁵⁵¹. Le principe dit d'égalité devant la loi n'est nullement respecté⁵⁵². Il n'y a aucune garantie aujourd'hui que le juge puisse se prononcer sans avoir des états d'âmes sur les parties qu'un conflit oppose. Alors même que les règles de droit régissent en réalité l'activité des sujets de droit, ce sont des

⁵⁴⁷ En France voire l'article 2 du Code de procédure civile.

⁵⁴⁸ H. Motulsky, « *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* », Paris, 1948, rééd., Dalloz 2002, n° 81. Sur l'Office du juge, outre les écrits de H. Motulsky, on consultera en priorité les travaux aujourd'hui classiques de J. NORMAND cit. (supra).

⁵⁴⁹ Civ., 2^e, 4 juin 1993 : Bull. civ. II, n° 192.

⁵⁵⁰ Cass., ass. Plén., 24 nov. 1989 : Bull. civ. AP, n° 3 ; D. 1990. 25, concl. Cabannes.

⁵⁵¹ Cette situation ne cesse d'alimenter de tensions entre avocats, citoyens, et magistrats : un exemple mérite d'être cité ici ; un avocat comorien scandalisé de voir un criminel qui a été jugé et a été condamné à des peines d'emprisonnement ferme, en train d'effectuer un mois plus tard des travaux de ménage au sein du palais de justice de Moroni. Lors d'une interview cet avocat a dénoncé les failles de la justice et attaqué violemment le procureur de la République et s'est vu finalement condamné pour outrage à magistrat.

⁵⁵² Voir l'histoire du jeune Benjamin, technicien en informatique, recruté par l'Etat pour la saisie, la préparation des examens du baccalauréat session 2015. Lors d'une fraude avérée et qui a été diligentée par le procureur même de la République, ce jeune innocent s'est vu infliger une peine d'emprisonnement ferme d'un mois, alors qu'aucune décision de justice ne le déclare coupable.

normes de comportement, avant d'être des normes de jugement et le jugement ne fait que sanctionner l'application ou l'inapplication de la norme de comportement.

L'on voit des affaires enterrées sans aucun motif valable alors que si l'on suit jusqu'au bout la doctrine de Henri Motulsky, on prive « *de toute juridiction toute l'activité sociale qui ne donne pas lieu à contentieux* »⁵⁵³.

Une autre analyse des pouvoirs des parties et du juge peut-être menée à partir des premiers éléments dégagés par l'illustre processualiste Motulsky. L'allégation des faits et la détermination des prétentions sont réservées aux parties, et, inversement, le juge s'en trouve exclu. Pour Henri Motulsky, l'exclusion du juge ne peut aller au-delà et s'étendre jusqu'au droit : il est en quelque sorte de la définition même du juge qu'il fasse respecter la règle de droit, même si les parties n'ont pas invoqué la règle de droit véritablement applicable.

Par conséquent, le juge ne saurait être lié par les indications des parties en matière de droit. Le juge doit donc, selon les termes même de l'article 12 du Code de procédure civile français repris par le législateur comorien « trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » et non selon celles invoquées par les parties. Tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, le juge ne peut se contenter d'inviter les parties à régler amiablement leur différend et les renvoyer à se pourvoir ainsi qu'elles aviseraient⁵⁵⁴.

A noter que même en matière pénale, le juge comorien n'hésite pas à abandonner le procès en le renvoyant vers une médiation entre les parties. C'est-à-dire qu'un bon nombre d'affaires, y compris celles qui touchent aux droits indisponibles, finissent par une médiation⁵⁵⁵.

L'analyse menée par Henri Motulsky permet d'illustrer qu'à la différence de l'introduction de l'instance, de l'allégation des faits et de la détermination des prétentions qui appartiennent aux parties et dont le juge est exclu, l'application du droit n'appartient pas aux parties de façon exclusive. L'article 12 du Code de procédure civile français ne pose donc pas

⁵⁵³ P. Hébraud, « La vérité dans le procès *et les pouvoirs d'office du juge* », Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, tom XXVI, Toulouse, 1978, p. 397.

⁵⁵⁴ Soc. 21 fév. 1980 : Bull. civ. V, n° 173.

⁵⁵⁵ Le juge ne désigne pas un médiateur, il ne se prononce pas et les parties font recours aux solutions traditionnelles de résolution des différends, cité supra.

de règle d'exclusion des parties, mais seulement une règle de non exclusion du juge. Le droit constitue une sorte de « res communis » dont le juge ne saurait être exclu et où il peut prendre, en principe, les plus larges initiatives.

Le principe posé par le Code de procédure civile est donc le suivant : le juge dispose des plus larges pouvoirs pour ce qui est de l'application du droit. Le juge remplit aujourd'hui deux missions indispensables : celle d'apporteur de la loi et celle de créateur de droit.

2- L'autorité de la chose jugée

112. L'autorité de la chose jugée, expression de l'adage non bis in idem. Elle est conçue par la Cour de cassation comme une règle d'intérêt privé⁵⁵⁶. En tant que fin de non-recevoir, elle conduit le juge qui en est saisi à déclarer l'action du demandeur irrecevable, sans que le défendeur n'ait à démontrer l'existence d'un grief⁵⁵⁷.

La procédure pénale est à la fois plus claire et plus ambiguë sur la sanction de *l'autorité de la chose jugée*. La clarté résulte de l'article 6 du Code de procédure pénale. Cette disposition affirme que « *l'action publique pour l'application des peines s'éteint par (...) la chose jugée* ». Lorsqu'une chose a déjà été jugée, qu'un droit a été reconnu ou rejeté, l'action qui concerne ce droit n'existe plus ; elle est éteinte. Des auteurs, reprenant une formule jurisprudentielle traditionnelle, expliquent que l'autorité de la chose jugée « met obstacle, fût-ce en méconnaissance de la loi, à ce que des poursuites soient reprises devant une juridiction qui a précédemment épuisé sa saisine par une décision définitive ⁵⁵⁸ ». L'ambiguïté dans la sanction du principe provient de la qualification qui est attribuée à cette sanction. La doctrine qualifie la chose jugée comme relevant d'une « exception de procédure ⁵⁵⁹ ». Une telle expression rapproche *l'autorité de la chose jugée* d'un vice de procédure qui atteint l'acte en lui-même, ce qui n'est pas le cas. Un autre auteur, tout en qualifiant le moyen visant le

⁵⁵⁶ FRICERO N. PERROT R. « Autorité de la chose jugée », Juris-Classeur, Procédure, fasc. 554, 1996, n° 184, p. 33.

⁵⁵⁷ Ibid, n° 196, P. 35.

⁵⁵⁸ BUISSON J. GUINCHARD S. « Procédure pénale », Lexis Nexis, Paris, 10^e éd., 2014. En jurisprudence, Cass. Crim. 18 décembre 1989, Bull. crim., n° 483.

⁵⁵⁹ BUISSON J. GUINCHARD S. « Procédure pénale », op. cit., n° 1477 ; CONTE PH. MAISTRE DU CHAMBON P. Procédure pénale, 3^e éd., Armend Colin, Paris, 2000, n° 664, p. 397 ; STEFANI G. LEVASSEUR G. BOULOC B. Procédure pénale, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, n° 971, p. 898.

principe de fin de non-recevoir, range sa sanction parmi les nullités d'ordre public⁵⁶⁰. Il semble délicat de prononcer la nullité d'un acte procédural en raison de la violation de *l'autorité de la chose jugée*. Cet acte n'est pas nul pour vice de forme. Plus simplement, il ne produit pas d'effet car il soutient une action éteinte.

Il est aussi curieux de constater que l'autorité de la chose jugée⁵⁶¹ est d'abord réglementée par le Code civil français, qui la qualifie de présomption légale. En Union des Comores, le recueil des textes nationaux ne mentionnant pas cette question de « *l'autorité de la chose jugée* », il convient de regarder ce que dit le législateur français en la matière. L'autorité de la chose jugée laisse croire que la loi présume vrai ce qu'a dit le juge ; comme le dit l'adage latin, « *res judicata pro veritate habetur* »⁵⁶². Force est de constater qu'il n'est pas vrai que toutes les énonciations des jugements correspondent à la vérité, on doit constater cet adage de n'être qu'une fiction.

L'autorité de la chose jugée sert d'abord à protéger les jugements dont le contenu laisse place à la discussion. Par ailleurs, si le jugement correspondait toujours à la vérité, les voies de recours seraient inutiles.

Il convient également de préciser que l'autorité de la chose jugée est totalement indépendante de la qualité de la décision rendue. Elle bénéficie, par exemple, au jugement rendu par un juge incompétent⁵⁶³. Mieux encore, lorsqu'un juge constate qu'une erreur de fait ou de droit a été commise dans un précédent jugement⁵⁶⁴, non seulement il lui est interdit de la corriger, mais encore, pour sa propre décision, il doit se conformer à ce qui a déjà été mal jugé⁵⁶⁵. Si l'on peut dire, la loi l'oblige à persévérer dans l'erreur. Aussi surprenante que cette

⁵⁶⁰ BORE J. La cassation en matière pénale, LGDJ ? Paris, 1985, p. 509. Pour une illustration jurisprudentielle, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 802 du Code de procédure pénale pour l'extinction de l'action en raison du non respect d'un délai : Cass. Crim. 24 janvier 1979, Bull. Crim., n° 36.

⁵⁶¹ Voire M. D. TOMASIN, thèse sur « *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* », LGDJ, 1975.

⁵⁶² C'est-à-dire : « la chose jugée est considérée comme étant la vérité ».

⁵⁶³ Civ. 1^e, 15 novembre 1978, Bull. civ. I, n° 348.

⁵⁶⁴ La décision critiquable peut avoir été rendue par le juge lui-même au cours de la même instance ou par un autre juge au cours d'une instance précédente.

⁵⁶⁵ Voire en France, Cas. Civ. 1^e, 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 225. En l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par une cour d'appel qui avait tenté de revenir sur une erreur qu'elle avait commise dans une précédente décision rendue au cours de la même instance qui n'avait pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

solution puisse apparaître au premier abord, elle résulte d'un souci de cohérence du droit : le respect de l'intangibilité de la chose jugée est plus important que le respect de la loi substantielle. Mais il reste un moyen pour remettre en cause l'autorité de la chose jugée : ce moyen est la voie de recours. Si la voie de recours n'est pas formée ou si elle est formée trop tard, aussi critiquable ou aberrant qu'il puisse être, le jugement acquiert une autorité irrévocable de la chose jugée.

Le législateur français, opère deux types d'autorité de la chose jugée : une appelée autorité négative de la chose jugée ; conformément à l'article 1351 du Code civil : « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ». Il résulte de ce texte que le contenu de l'autorité de la chose jugée se trouve délimité par une triple identité : identité d'objet, et identité de parties⁵⁶⁶. En plus de l'autorité négative de la chose jugée, il existe celle que l'on appelle de l'autorité positive de la chose jugée ; l'autorité de la chose jugée, si elle est admise, permet à l'une des parties d'opposer à l'autre la force probante de ce qui a déjà été décidé dans la première instance.

L'exemple est le suivant : s'il a été jugé, à l'occasion d'une action en revendication que la mauvaise foi du possesseur l'empêchait de bénéficier de la prescription acquisitive abrégée, l'autorité positive de ce jugement permettrait à l'adversaire, dans une seconde instance ayant pour objet la restitution des fruits perçus par le possesseur, de faire juger que le possesseur ne peut les conserver, ce droit étant réservé au possesseur de bonne foi⁵⁶⁷.

L'existence d'une autorité positive de la chose jugée n'est pas universellement reconnue en doctrine française. Si, dans leur majorité, les auteurs ne l'évoquent même pas, certains la nient, tandis que d'autres l'affirment⁵⁶⁸. Il est à noter que sa consécration en droit positif français apparaît limitée.

⁵⁶⁶ La Cour de cassation a neutralisé l'identité de cause.

⁵⁶⁷ Il convient de rappeler que l'autorité de la chose jugée suppose que le fait soit appréhendé de la même façon dans les deux affaires.

⁵⁶⁸ H. VIZIOZ, « Etudes de procédure », p. 254, n° 56 ; D. TOMSIN, « *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* », Thèse, LGDJ, 1975, n° 287 et s. ; C. BLERY, « L'efficacité substantielle des jugements civils », Thèses, LGDJ, 2000, n° 191 et s. ; F. KERNALEGUEN, « Institutions judiciaires », Lexis Nexis, 6^e éd., 2015, n° 29.

Ainsi, l'article 95 du nouveau Code de procédure civile énonce que « lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond ». Par exemple, si le juge saisi d'une exception d'incompétence, se fonde, pour statuer, sur la nature d'un acte juridique⁵⁶⁹, sa décision aura autorité de chose jugée quant à la qualification de cet acte.

On peut se demander s'il serait opportun de consacrer, de manière générale, une autorité positive des jugements⁵⁷⁰. Certes, une telle autorité contribuerait utilement à éviter des décisions contradictoires, dans un pays comme les Comores où la pluralité des juges et des lois prive les décisions de justice de conformité ; alors qu'en l'absence d'autorité positive, un juge peut dire une chose et un autre le contraire, dès lors que la demande n'est plus exactement la même ou que les faits invoqués sont différents.

Un procès doit avoir une dimension qualitative.

§2 La dimension qualitative du procès judiciaire

113. Si l'on souhaite que le procès judiciaire joue pleinement son rôle, il est tout à fait nécessaire que les règles qui en gouvernent le fonctionnement l'aident à remplir au mieux sa mission. Dire le droit, trancher les litiges, n'est pas une affaire simple pour ceux qui en sont chargés⁵⁷¹. Le respect de la procédure rend plus facile cette tâche, à condition que les règles soient conformes au rôle qui est attribué à l'institution judiciaire. A l'évidence, les prémices d'une justice de qualité passent par la recherche de la vérité (A) et pour rendre le procès crédible, il faudra le dénuer de tous vices qui puissent entacher le déroulement des différentes phases de l'instance. Le respect de ces principes fondamentaux, permet de garantir une bonne administration de la justice (B)

A- La recherche de la vérité dans le procès judiciaire

114. La complexité des formes, la multiplication des actes, font parfois oublier aux plaideurs ou aux justiciables que la condition essentielle d'une décision de justice et juste sur

⁵⁶⁹ Ça peut être un acte civil ou un acte de commerce, contrat de travail ou mandat par exemple.

⁵⁷⁰ J. HERON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », Mélanges Perrot, Dalloz, 1995, p. 137, n° 12 et s.

⁵⁷¹ D'AMBRA D. « L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le Droit et trancher les litiges », LGDJ, Paris, 1994.

le fond, doit se fonder sur des faits les plus proches de la vérité. Ce constat évident est rappelé par de nombreux auteurs comme Hélié Faustin qui écrivait que « Les formes de la procédure sont destinées, comme des phares, à éclairer la marche de l'action judiciaire. Elles doivent être assez puissantes pour faire sortir la vérité du sein des faits⁵⁷² ». Un autre auteur ajoute que si la vérité est l'objet essentiel de la recherche du juge, c'est que « l'attribution des droits et devoirs des parties en cause découle de l'établissement de la vérité⁵⁷³ ». La doctrine pénaliste abonde encore dans ce sens, soulignant que cette finalité dépend particulièrement de l'« éthique du juge pénal⁵⁷⁴ » ; que sur elle repose le fondement rationnel de la faute et de la responsabilité pénale⁵⁷⁵. La procédure est à la recherche de la vérité la plus absolue pour que la solution soit juste et puisse jouer entièrement son rôle juridique à travers l'autorité de la chose jugée. Cependant, la décision qui détient cette puissance ne repose que sur une présomption de vérité tant il est impossible d'atteindre avec une totale certitude la vérité absolue. C'est bien là la contradiction entre les principes qui visent la promotion de la vérité matérielle et ceux qui aboutissent à la déformation de cette vérité matérielle en vérité judiciaire.

La vérité matérielle est celle qui réside dans les faits de l'espèce tels qu'ils ont effectivement eu lieu. Rechercher ou promouvoir cette vérité dans le procès, c'est tenter d'atteindre l'adéquation entre état de fait et son énoncé dans une proposition judiciaire. Atteindre la vérité matérielle est conçu comme une « perfection du savoir » ; elle constitue la « finalité d'un projet spéculatif⁵⁷⁶ ».

Au sein du procès, on doit prendre en compte un autre élément plus normatif que factuel. Celui de la règle applicable et donc de la qualification. Chaque fait peut parvenir dans sa matérialité la plus brute devant les magistrats ; il ne reflètera la vérité que s'il est

⁵⁷² HELIE Faustin, « *Traité de l'instruction criminelle* », éd., de Nypels, Bruxelles, 1863, t 1, n°4, p. 2. Cité par BEKAERT H. « La manifestation de la vérité dans le procès pénal », éd., Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 11.

⁵⁷³ COTTAS S. « Le problème de la vérité du jugement », APD 1994, t 39, p. 219.

⁵⁷⁴ DELMAS-MARTY M. « La preuve pénale », Droits 1996, n° 23, p. 53.

⁵⁷⁵ MONTANARI B. « *La faute et l'accusation : réflexions sur la vérité dans le procès* », RIDP 1997, p. 43.

⁵⁷⁶ LAMBERT R. « Vérité et justice », in, L'amour des lois, Presses universitaires de Laval, l'Harmattan, Paris, 1996, p. 441.

correctement qualifié. Cette vérité déjà juridique relève encore de la réalité matérielle, comme préconstituée avant le procès⁵⁷⁷.

A l'évidence, le principe le plus apte à accéder à ce but est le principe de coopération. Celui-ci possède à la fois cette dimension contractuelle du procès qui consiste dans la participation de chaque partie à la progression du litige, et dans la participation du juge dans la recherche des faits et de la règle de droit applicable. Malgré l'existence d'un droit au silence, ou d'un droit à l'absence, si l'une des parties refuse de participer à la constitution de la matière litigieuse par l'apport de faits dans le procès, son renoncement risque d'être sanctionné. Les juges n'entendront qu'une seule version, des faits. Cela devrait avoir pour conséquence logique de défavoriser celui qui choisit d'éviter le combat judiciaire. D'autre part, celui qui refuse de contribuer à la manifestation de la vérité s'expose aux amendes civiles⁵⁷⁸. Cette sanction n'est pas spécialement destinée aux parties mais rien ne permet de dire (sauf à respecter le silence de la personne poursuivie en matière pénale), qu'elles n'y sont pas soumises.

La coopération est donc avant tout le droit pour chaque partie « de produire tous documents qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité⁵⁷⁹ ». Ce principe ne va pas sans le droit pour les autres parties de prendre connaissance de ces documents et de formuler des observations à leur propos. C'est l'expression du principe du contradictoire qui peut, d'un certain point de vue, s'analyser en une coopération vers la manifestation de la vérité. Les parties sont les mieux placées pour révéler leur vérité. De la confrontation de chacune d'entre elles, se dessine aux yeux du juge, la vérité matérielle. Parfois, cette confrontation peut conduire les adversaires à cacher certains éléments. C'est alors au juge de rechercher les faits qui n'apparaissent pas immédiatement dans le débat. Le principe de coopération produit encore son effet en conférant des prérogatives au juge pour promotion de la vérité matérielle.

⁵⁷⁷ Les faits qui ont donné naissance au litige peuvent être juridiquement qualifiés dans l'absolu et en dehors de toute procédure. Toutefois, il est possible que la qualification juridique soit litigieuse. Dès lors, parler de vérité matérielle comme objective à ce sujet, peut paraître contestable. Il faut donc admettre que la question de la qualification peut relever tout autant de la vérité judiciaire que de la vérité matérielle.

⁵⁷⁸ Cf, article 10 c.civ « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a légalement été requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin, à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice des dommages et intérêts* ».

⁵⁷⁹ Cf, Cass. Crim., 30 octobre 1996, Procédures 1997, n° 3, commentaire n° 65, p. 15, note BUISSON J.

Celui-ci peut se fonder sur des faits qui ne sont « pas dans le débat » ou que les parties « n'ont pas spécialement invoqué au soutien de leur prétention ⁵⁸⁰ ».

Le juge a le pouvoir « d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles⁵⁸¹ ». Il peut enjoindre à une partie de produire un élément de preuve qu'elle détient⁵⁸². En matière pénale le rôle du juge est encore plus grand. Il n'est pas interdit aux parties d'apporter leurs propres éléments mais l'institution du juge d'instruction fait de cet acteur le principal artisan de la vérité. Son rôle est d'instruire « à charge et à décharge⁵⁸³ » et toutes les parties à la procédure doivent bénéficier de son travail⁵⁸⁴. Le Code français de procédure pénale prévoit qu'il « procède, conformément à la loi, à tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité⁵⁸⁵ ». Ces mêmes prérogatives appartiennent expressément, en matière criminelle, au président de la Cour d'assises en vertu de son pouvoir discrétionnaire⁵⁸⁶. Les parties coopèrent à cette instruction de façon plus discrète en demandant au juge l'exécution de certains « actes » ou « mesures utiles⁵⁸⁷ ».

Le principe dit de coopération correspond aussi au pouvoir de rectifier la vérité lorsqu'elle a été présentée, volontairement ou non sous un angle déformé. Il s'agit du pouvoir de requalification du juge. En matière répressive, le juge est saisi in rem⁵⁸⁸, c'est –à-dire en

⁵⁸⁰ Cf, art . du Code de procédure civile.

⁵⁸¹ Cf., article 10 du Code de procédure civile.

⁵⁸² Cf article 11 du Code de procédure civile.

⁵⁸³ Ce rôle est consacré par l'article 2 de la loi française du 15 juin 2000 dans l'article 81 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁴ CONTE PH. MAISTRE DU CHAMBON. P. « Procédure pénale », Armand colin, Paris, 5^e éd., 2012, n° 69, p. 41.

⁵⁸⁵ Voir article 81 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁶ Art. 310 du Code de procédure pénale. Ce pouvoir discrétionnaire permet aussi au juge de refuser d'effectuer certains actes. Ainsi, la chambre criminelle a-t-elle confirmé la décision d'un président de la Cour d'assises dans son refus de poser une question à un témoin, gendarme de son état, portant sur les relations personnelles qu'il avait entretenues avec le juge d'instruction ayant connu l'affaire. La Cour de cassation a jugé que la question n'était pas en relation directe avec les faits de la cause et ne tendait pas à la manifestation de la vérité. Cass. Crim., 14 mai 1996, Dalloz 1997, som com., p. 143, note PRADEL J.

⁵⁸⁷ Voir art. 81 al. 8 C.pr.Pen.

⁵⁸⁸ Les juridictions de jugement sont aussi saisies in personam.

fonction de faits déterminés. S'il ne peut étendre sa saisine à d'autres faits, il a le pouvoir et le devoir de qualifier exactement ces faits, au besoin de les requalifier⁵⁸⁹.

La coopération des parties peut être consentie ou forcée, l'objet étant de conduire le juge à se rapprocher de la réalité matérielle. Encore faut-il donner à ces acteurs les moyens d'apporter les preuves de leurs allégations. En la matière, le principe qui permet la révélation la plus complète de la vérité dans le procès est, sans doute, celui de la liberté de la preuve. Etabli par l'article 427 du Code français de procédure pénale⁵⁹⁰, le principe trouve aussi de très nombreux développements en matière civile⁵⁹¹. Il s'agit dans un certain respect des formes, d'admettre dans les débats tous les modes de preuves qui ne portent pas atteinte à la loyauté. « *L'intérêt supérieur de la vérité impose le principe*⁵⁹² ».

Toutefois, l'utilisation d'un stratagème pour obtenir la preuve peut modifier radicalement cette vérité. C'est ici qu'entre en jeu un autre principe qui tend à promouvoir la vérité : celui de la loyauté. L'exemple peut être tiré des provocations policières. Cette technique permet aux policiers de participer à la commission d'une infraction pour confondre de véritables délinquants. La Cour de cassation admet que cette participation à l'infraction puisse constituer un mode de preuve sauf si les agents de la force publique ont, eux-mêmes, conduit les personnes surveillées puis poursuivies à commettre l'infraction. Ce principe de loyauté ouvre donc la voie de la provocation non à l'infraction qui transforme l'auteur potentiel d'une infraction en délinquant accompli, mais de la provocation à la preuve. C'est bien la modification de la réalité que condamne ce principe.

S'ajoute au principe de coopération, le principe dit de célérité qui assure aussi, à sa manière la promotion de la vérité dans le procès. S'il est vrai que toute recherche expéditive

⁵⁸⁹ COMBALDIEU R. « Le juge et la vérité », *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1978, p. 315. La CEDH reconnaît la conformité du pouvoir de requalification du juge au regard de la Convention. En revanche, les parties doivent avoir la possibilité de se défendre sur la nouvelle qualification adoptée par le juge. CEDH 25 mars 1999, *Dalloz* 2000, *Juris. P.* 357, note ROETS D.

⁵⁹⁰ « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve ».

⁵⁹¹ Il en va ainsi de la preuve des délits et quasi-délits, de tous les faits, dont le requérant pourra au moins fournir un commencement de preuve par écrit ou encore, de tout ce qui ne relève pas de la preuve des obligations et de celles du paiement. La liberté de la preuve est aussi de principe en droit commercial.

⁵⁹² MERLE R. VITU A. « *Traité de droit criminel* », t 2, 4^e éd., Cujas, Paris, 1989, n° 128, p. 161.

ne favorise pas automatiquement l'émanation de l'ensemble des éléments de fait⁵⁹³, il reste que la disparition progressive des preuves, notamment en matière pénale, nécessite que les premières investigations soient conduites dans les instants ou dans les jours qui suivent la commission de l'infraction pour prévenir la disparition naturelle ou provoquée des indices. La célérité de la procédure permet d'éviter que la vérité soit effacée, voire déformée. Pourtant, il apparaît que certains principes contribuent à la déformation de la vérité matérielle.

La vérité matérielle absolue existe mais elle représente aussi un leurre tant il est impossible de l'atteindre. Lorsque les faits qui donnent naissance à l'action parviennent sur le devant de la scène juridique, ils sont déjà pour certains, historiques comme s'étant produits antérieurement au procès ; pour les autres, transcrits partiellement devant le juge et souvent déformés par les parties ou les experts. Toute réalité est sujette à interprétation ; c'est là une constatation très ordinaire. Les principes de procédure transforment eux aussi cette réalité matérielle pour en faire une vérité relative ou judiciaire. On peut souligner ici « *l'indépassable imperfection du jugement humain sous l'aspect de sa conformité avec la vérité* » et la différence inéluctable entre verdict et vérité⁵⁹⁴. Il s'agit en effet plus globalement, de la vérité humaine dont la valeur n'est que relative, partielle, dépendante du moment où elle est découverte, des personnes qui l'accréditent⁵⁹⁵. On doit alors se résigner à rechercher une « vérité dynamique, relative, en perpétuel devenir, qui *n'est pas quelque chose de donné, mais au contraire, qui se construit et s'élabore progressivement*⁵⁹⁶ ».

La vérité procédurale élabore en effet progressivement dans le respect des règles qui peuvent déformer la réalité mais prennent aussi en compte la qualité de la justice. Les principes contribuent à cette déformation en faisant supposer une vérité, parfois même en

⁵⁹³ La vérité n'apparaît, en procédure pénale, que progressivement, tout au long de l'enquête et de l'instruction. Le Code pénal français, parle d'indices faisant présumer que les personnes gardées à vue, ont commis ou tenté de commettre une infraction art. 63 al. 3 C. pr. Pen ; ou encore d'indices graves et concordants articles 80-1 et 105 C. pr. Pen ; de charges constitutives d'infractions article 176 C ; pr. Pen. L'éventail des termes employés semble indiquer que la vérité peut apparaître par paliers au cours de la mise en état et non immédiatement à la suite de l'infraction. Voir GUERY CH. « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », JCP 1998, I, 140, p. 1031.

⁵⁹⁴ COTTA S. « Le problème de la vérité du jugement », APD 1994, t 39, p. 219.

⁵⁹⁵ LOUIS-LUCAS P. « Vérité matérielle et vérité juridique », Mélanges Savatier, Dalloz, Paris, 1965, p. 405.

⁵⁹⁶ WALD A. Rapport général, in, « La vérité et le droit », Travaux de l'association Capitant 1987, t 38, p. 529.

entravant la recherche de la vérité. La vérité matérielle bute en enfin sur la nécessité d'emporter la conviction du juge.

Le droit processuel n'érige pas la recherche de la vérité en nécessité suprême et absolue du procès. Cette recherche doit respecter un certain nombre de contraintes dont certaines sont exprimées par des principes. Le premier d'entre eux, peut être le plus contraignant, est celui des preuves légales. Ce principe veut que seules soient admissibles les preuves prévues par la loi dans l'ordre hiérarchique qu'elle détermine. La procédure civile connaît partiellement ce système et la procédure pénale exceptionnellement. Le corollaire en est que le juge est tenu par la preuve légalement produite par l'une des parties. Le droit contractuel est dominé aussi par ce principe qui se décline, dans le Code civil français aux articles 1315 et suivants.

Ces preuves légales, constituent une entrave à la recherche de la vérité dans la mesure où elles limitent l'éventail des instruments susceptibles d'approcher la matérialité des faits. La preuve d'une obligation contractuelle dépassant la somme de cinq cent euros est soumise à l'exigence d'un écrit⁵⁹⁷. Toute personne ayant conclu un contrat oral d'un montant supérieur à cette somme ne pourra se prévaloir des obligations qui en découlent, s'il n'a pas au moins un commencement de preuve par écrit. Plus qu'une déformation, l'entrave à la recherche de la vérité peut conduire à une vérité niée. Les preuves légales poursuivent d'autres fins que celle de la vérité. La matière contractuelle est particulièrement propice à la formation de preuves préconstituées⁵⁹⁸. En effet, le contractant prudent se munira d'une preuve écrite au moment de donner son accord. Il s'agit de prévenir la survenance d'un litige et du procès qui le suit. La personne qui possède une preuve écrite de l'obligation qu'elle exige ou du paiement qu'elle prétend avoir effectué se trouve protégée contre l'éventuelle mauvaise foi de son adversaire. La preuve préconstituée dont BENTHAM réclamait la paternité⁵⁹⁹ aurait donc pour fonction moins d'entraver la liberté du juge dans la recherche de la preuve que « *de conférer aux parties une plus grande sécurité et de bannir l'aléa et l'incertitude des preuves judiciaires a posteriori* »⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ Voir article 1341 Code civil français.

⁵⁹⁸ PATARIN J. « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in, quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Dalloz, Paris, 1956, p. 46.

⁵⁹⁹ BENTHAM J. « Traité des preuves judiciaires », traduction Dumont, édition Bossange, 2^e éd., 1830, t I, p. 28. Cet auteur concède avoir hésité entre deux termes : celui de « preuves préconstituées » et celui de « preuves préétablies ». Il explique sa préférence pour la première de ces expressions comme « exprimant mieux que ces preuves sont l'œuvre du législateur qui les ordonne par prévoyance ».

⁶⁰⁰ CHEVALIER cité par THERY PH. « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », Droits 1996, n° 23, p. 41.

La liberté du juge serait-elle un obstacle à la préconstitution de la preuve ? La question peut paraître surprenante. En liant le juge à la preuve préconstituée, il semble que chaque partie doive se méfier du juge plus que son cocontractant. Peut-être est-ce là l'expression d'une éternelle défiance des relations contractuelles à la légalité et à l'autorité judiciaire⁶⁰¹.

La recherche de la vérité « *doit être conciliée avec des principes d'égale valeur juridique*⁶⁰² ». C'est principes sont : le secret professionnel, le respect de la vie privée par exemple. On constate aussi que la quête de la vérité est confrontée à certaines valeurs procédurales telles que l'intimité de la vie privée, dignité, loyauté et sécurité. L'autorité qui s'attache aux décisions définitives vaut présomption de vérité à l'égard de tous. La Cour de cassation française a jugé que le non lieu au bénéfice du doute pour abus de confiance en faveur d'un salarié faisait obstacle à ce que les mêmes faits soient allégués devant la juridiction prud'homale dans une procédure de licenciement⁶⁰³. Face au doute, la juridiction pénale a dû se prononcer en faveur de l'innocence.

Le respect de la dignité et de la loyauté est exigé dans la production de preuves dans une instance en divorce. L'article 259-1 du Code civil français rejette toutes les preuves qui auraient été obtenues « par violence ou fraude⁶⁰⁴ ». De même, « les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée⁶⁰⁵ ». Il incombe aux juges de rechercher cette fraude et de la déclarer nulle. Ce qui pose problème.

Il existe encore un moyen d'entraver le développement de la vérité au cours du procès. Il s'agit peut-être du plus simple : il consiste à éviter le procès. Il faut admettre que la justice

⁶⁰¹ On constate en effet que la prévention peut être atteinte par des moyens qui ne réduisent pas le pouvoir d'appréciation du juge. L'article 145 du nouveau Code de procédure civile français prévoit que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instructions légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou référé* ».

⁶⁰² THERY PH. « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », op. cit. p. 46.

⁶⁰³ Cass. Soc., 20 mars 1997, JCP 1997, II, 22887, note PUIGELIER C.

⁶⁰⁴ « Un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées *entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenu par violence ou par fraude* ». Cela répond bien à l'adage selon lequel « la fraude corrompt tout ».

⁶⁰⁵ Article 259-2 du Code civil français. L'application du principe de l'intimité de la vie privée n'est pas générale dans la procédure de divorce. La Cour de cassation a admis la production d'un journal intime afin d'établir l'adultère de l'un des époux. Cass. civ., 2^e 6 mai 1999, Dalloz 2000, juris., p. 557, note CARON CH.

moderne n'a pas pour unique fonction de trancher les litiges, mais plus généralement, de les résoudre, d'y mettre un terme. « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties » prévoit l'article 21 du Code de procédure civile. Cette mission marque un détachement total vis-à-vis de la vérité. L'objectif étant d'obtenir un accord entre les parties initialement en conflit pour lui donner une solution contractuelle ou transigée.

On peut dire que la procédure ne vise pas à faire émerger la vérité matérielle mais à obtenir la conviction du juge sur l'une ou l'autre des thèses proposées. C'est ce que constate un auteur en estimant que la vérité n'est pas négligée dans le procès mais qu'elle ne constitue pas une fin essentielle : « seule importe la perception que le juge a de la vérité⁶⁰⁶ ».

Pour les magistrats, il s'agit avant tout d'apprécier l'ensemble des éléments de preuves qui sont présentés devant eux. S'ils sont liés par la preuve leur certitude n'est pas prise en compte. S'ils demeurent libres de leur appréciation, leur choix sera porté vers la thèse la plus vraisemblable, à moins que le doute n'existe point, ou que les magistrats acceptent de l'accorder à l'accusé. Un magistrat concède que l'adoption du principe de l'intime conviction par le Code français d'instruction criminelle de 1808 reflétait « un certain recul vis-à-vis de la vérité pour s'en tenir à la notion subjective de certitude humaine⁶⁰⁷ ».

« L'idée même de vérité sort bien mal en point du traitement que lui inflige le droit de la preuve⁶⁰⁸ ». La qualité du fonctionnement de la justice ne passe pas obligatoirement par la recherche d'une vérité matérielle absolue. On peut affirmer qu'une telle quête est vaine. Les principes directeurs du procès marquent en fait, un glissement de la vérité matérielle vers la vérité judiciaire. Cette dernière présente d'importantes qualités que la première ne possède pas : elle est accessible ; elle respecte les valeurs procédurales et les droits fondamentaux de chaque partie ; elle ne s'oppose pas à l'efficacité dans le fonctionnement de l'institution judiciaire. Certains pensent que cette vérité judiciaire n'est « *qu'effectivité, c'est-à-dire qu'une certitude imaginée et qui n'a de valeur contraignante que localement et temporairement*⁶⁰⁹ ». Cette critique ne tient pas compte du fait que la balance entre promotion et déformation de la vérité matérielle relève d'un compromis souhaitable entre deux objectifs

⁶⁰⁶ THERY PH. « La finalité du droit de la preuve en droit privé », op. cit. p.48.

⁶⁰⁷ ZOLLINGER L. « *L'intime conviction du juge, Déviance* », travaux de l'institut de criminologie de Paris 1976, p. 33.

⁶⁰⁸ LAGARDE X. « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », Droits 1996, n° 23, p. 31.

⁶⁰⁹ LOUIS-LUCAS P. « Vérité matérielle et vérité juridique », op. cit. p. 601.

d'égale utilité que sont efficacité et qualité de la procédure. Un compromis qui ne doit pas faire oublier que les principes directeurs visent aussi à assurer la bonne administration de la justice, une autre qualité procédurale.

B- La garantie d'une bonne administration de la justice

115. La bonne administration de la peut-être perçue comme une notion aussi ambiguë que la valeur de justice ou toute autre vertu. Il s'agit pourtant d'une qualité plus concrète. Le terme de « justice » a été envisagé comme une vertu mais aussi d'un point de vue institutionnel. Il faut encore l'appréhender sous la forme d'une administration, d'un service public qui doit être géré correctement⁶¹⁰. Son fonctionnement doit répondre aux attentes des justiciables. Les règles de procédure organisent le déroulement du procès et le contrôle des décisions judiciaires. Ceux-ci sont en droit d'attendre de l'institution, une décision sur leur litige qui ne soit pas sujette à caution et dans un délai correct ou raisonnable. Les règles de procédure organisent le déroulement du procès et le contrôle des décisions judiciaires. Ce sont elles qui ouvrent la voie de la bonne administration. Les principes directeurs participent à cette action en contribuant au bon déroulement de la procédure et en établissant un contrôle des décisions de justice.

Le premier principe garant de la qualité de la justice est le principe de coopération. Son champ d'application est vaste et il prévoit des droits et des obligations tant pour le juge que pour les parties, dans le but de faciliter l'avancement du procès. En France, le Conseil d'Etat ne s'y est pas trompé lorsqu'il a censuré la première rédaction de l'article 12 al 3⁶¹¹ et celle de l'article 16 al 1⁶¹² du Code de procédure civile. Dans un arrêt célèbre⁶¹³, la justice

⁶¹⁰ M. COULON, auteur du dernier rapport portant propositions de réforme de la procédure civile française évoque « *la consécration d'une logique gestionnaire* ». Il s'agit de « penser la justice en termes économiques et rationnels ». COULON J-M. Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées, in, La réforme de la procédure civile, auteur du rapport Coulon, Dalloz, Paris, 1997, p. 15. Il y a eu en la matière une grande réforme en 2016, une autre réforme est en cours.

⁶¹¹ Cet alinéa était ainsi rédigé : « il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ».

⁶¹² Dans sa première rédaction résultant du décret du 9 septembre 1971, l'article 16 occultait la nécessité de soumettre au contradictoire les moyens que le juge entendait relever d'office. Cette rédaction fut modifiée par la suite par le décret du 12 mai 1981.

⁶¹³ CE, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, Dalloz 1979, juris, p. 606, note BENABENT A. ; JCP 1980, II, 19288, conclusion FRANC et note BORE J. ; Gaz pal 1980, I, juris, p. 6, note JULIEN P.

administrative considérait « que la réforme du code de procédure civile, *telle qu'elle résulte de l'institution du Code, a, en vue d'améliorer le déroulement de l'instance, de simplifier et d'accélérer la procédure, confié au juge des pouvoirs étendus de contrôle et de direction de l'instruction ; que l'extension des pouvoirs du juge n'est pas illégale dès lors qu'elle s'exerce dans le respect des principes généraux du droit* ».

Plus loin, le Conseil évoquait, au titre de ces principes généraux du droit, l'égalité des citoyens devant la justice et le caractère contradictoire de la procédure. Il était donc entendu que le principe de coopération, en confiant d'importants pouvoirs au juge, avait pour but avoué l'amélioration du déroulement de la procédure. Henry Solus relevait que, lors de l'adoption du décret-loi du 30 octobre 1935 réformant de façon conséquente la procédure civile, la création d'un juge chargé de suivre la procédure était déjà inspirée par la conception d'une justice-service public⁶¹⁴. Ce juge se voyait alors confier un pouvoir général de surveillance et de contrôle sur le déroulement du procès en établissant des contacts avec les parties et leurs représentants⁶¹⁵. Il était chargé d'établir un rapport sommaire au tribunal résumant l'objet de la demande, l'état de la procédure, des conclusions des parties. Les parties conservaient la main mise sur le procès mais le juge de la procédure suivait son déroulement, pouvait le hâter en convoquant les avoués et faisant une première présentation du litige aux magistrats devant statuer sur l'affaire.

La coopération du juge au bon déroulement de la préparation du procès devait être accrue par le Code. Pourtant le principe de coopération ne concerne pas que le juge. Dans un rapport de M. COULON préconisait de demander aux parties de qualifier juridiquement leurs prétentions⁶¹⁶. Il s'agissait en effet, de leur donner un rôle plus important dans la formalisation juridique des faits et moyens de leur action⁶¹⁷. Le décret du 28 décembre 1998⁶¹⁸ adopté à la suite du rapport COULON reprend cette idée en l'imposant devant le

⁶¹⁴ SOLUS H. « *Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir* », Mélanges Ripert, LGDJ, Paris, 1950, p. 193.

⁶¹⁵ Ibid, p. 197.

⁶¹⁶ COULON J-M « Réflexions et propositions sur la procédure civile », rapport au garde des sceaux, la documentation française, Paris, 1997, p. 120.

⁶¹⁷ MARTIN R. « *Conclusions qualificatives, recherche d'une sanction* », Procédures 1998, n°2 ; Chron, p. 3.

⁶¹⁸ CADIET L. « Premières vues sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile », JCP 1999, Actualités, p. 397 ; CADIET L. Chronique de droit judiciaire privé, JCP 1999, I, 130, p. 727.

Tribunal de grande instance et la Cour d'appel. L'article 13 du décret modifiant l'article 753 du Code prévoit ainsi que « les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée ».

La cohérence. Le principe de coopération n'est pas l'unique artisan de la qualité de la justice. D'autres principes y contribuent dans une moindre mesure. L'autorité de la chose jugée déjà examinée représente une importante limite à la possibilité de contradictions entre les décisions concernant les mêmes faits. Il est courant qu'un fait unique puisse donner lieu à plusieurs actions en justice devant des juridictions différentes. Par exemple, la cessation des paiements d'une entreprise commerciale entraîne l'ouverture d'une procédure collective devant le Tribunal de commerce, mais peut avoir développé des ramifications devant la juridiction pénale pour un certain nombre d'infractions ayant ou non conduit à la faillite de l'entreprise. De même, des coups et blessures portés par un époux sur sa femme pourront être le fait générateur d'une plainte devant le juge répressif, d'une action en dommages et intérêts devant des juges civils et constitueront enfin le fondement possible de la faute lors d'une demande en divorce. Trois procès peuvent ainsi naître d'un seul fait originaire. L'éparpillement des compétences conduit à ce que plusieurs juges soient amenés à se prononcer en des moments différents sur les répercussions multiples de ce fait. Il ne doit pas dès lors, être possible de modifier la réalité et la qualification du fait au fil des procédures au risque de voir la justice perdre son crédit et sa rigueur. L'une des décisions doit s'imposer aux autres. *C'est l'autorité de la chose jugée* au criminel sur le civil⁶¹⁹. Certains fondent cette autorité sur une question de compétence⁶²⁰. L'action civile a un caractère mixte. La juridiction civile est compétente pour se prononcer sur les conséquences civiles de cette action mais cette compétence est partagée avec la juridiction pénale. Cette dernière est en revanche, exclusivement habilitée à statuer sur le volet pénal de l'action civile. C'est cette exclusivité de compétence qui limiterait les pouvoirs des juridictions civiles. Ces dernières sont tenues de se conformer à ce qui a été jugé au pénal ou le cas échéant, d'attendre que les

⁶¹⁹ C'est l'adage selon lequel « le criminel tient le civil en état ».

⁶²⁰ AUBRY et RAU cités par CHAVANNE A. « Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil », RSC 1954, p. 239.

juges répressifs se soient prononcés⁶²¹. Empêcher que la justice ne se contredise, c'est garantir l'unité et donc, la qualité de son fondement.

La discussion. Autre principe particulièrement essentiel à la qualité de la décision juridictionnelle : le principe contradictoire. L'échange par les parties des opinions relatives à une question de fait, mais aussi et surtout à une question de droit, est de nature à éclairer le juge. La diversité des interprétations d'une même règle de droit et les intérêts dont dépendent ces interprétations parviennent aux magistrats par l'intermédiaire des argumentations des parties. Or comme on a pu le constater, le juge comorien s'autorise en dépit des textes à priver une partie au procès de la production des éléments pouvant servir de preuve pour mieux trancher le litige⁶²². En France, si le juge possède sa propre interprétation, il ne peut être convaincu de son bien fondé qu'après avoir entendu les adversaires s'exprimer sur le sujet⁶²³. Pour obtenir que le fonctionnement du procès ne soit pas défectueux ou ralenti, il est nécessaire que les parties se sentent concernées, impliquées et consultées sur les différents aspects du litige qui les oppose. Dans le cas inverse, la décision prise en méconnaissance de la contradiction s'expose à l'exercice d'un recours à son encontre. Il faut espérer qu'un jour, une telle possibilité soit reconnue en Union des Comores pour assurer une efficacité des décisions de justice. En France, si l'une des parties a la sensation de n'avoir pas été entendue, la probabilité pour qu'elle s'adresse à nouveau à l'institution judiciaire augmente le rôle de la Cour suprême.

On pourrait citer d'autres principes dont le but est de garantir toujours le bon fonctionnement de la justice à l'image de la publicité des débats qui astreint les magistrats à faire preuve « de la plus grande circonspection dans leurs jugements⁶²⁴ » mais aussi dans la façon de diriger l'audience. On doit cependant constater que la qualité de la justice passe

⁶²¹ Aujourd'hui, cette règle est en recul notamment en raison de la loi du 10 juillet 2000 qui consacre la dualité des fautes civile et pénale non intentionnelles (J.O, 11 juillet 2000, p. 10484). Cette loi introduit un article 4-1 dans le Code de procédure pénale rédigé comme suit : « *L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie* ».

⁶²² Affaire Combo, l'avocat de ce militaire tué chez lui a crié haut et fort pour dénoncer l'attitude du juge qui l'a privé de s'exprimer afin d'obtenir gain de cause.

⁶²³ Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article 16 du Code de procédure civile français dispose que « le juge doit en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

⁶²⁴ MANIGNE M-CH. Notes sous, CE, 4 octobre 1974, dame David, Gaz Pal 1975, 1, juris, p. 117.

aussi et surtout par le contrôle de ses décisions. Une décision de justice de qualité se perfectionne avec le temps et les étapes qu'elle traverse. De la mise en état à la décision définitive, en passant par l'appel et si besoin est, sous le crible du contrôle de la Cour suprême⁶²⁵, la solution de justice s'améliore sous l'impulsion et au détriment des parties qui peuvent attendre une décision des décennies durant⁶²⁶. Double degré de juridiction et droit au recours en cassation constituent assurément des instruments de contrôle de la qualité des jugements et arrêts sur le fond et sur le droit. Pour cela, ils doivent se combiner avec un autre principe : celui de la motivation.

L'utilité de l'appel est constatée dès le stade de l'instruction par le Professeur LARGUIER qui estime que le juge d'instruction ; juge unique dont l'indépendance et les pouvoirs sont étendus, doit voir ses décisions contrôlées par une juridiction supérieure⁶²⁷. C'est « *l'idée de garantie* » des droits des justiciables qui justifie cette voie de recours⁶²⁸. Ainsi, l'appel contre les ordonnances que prend ce magistrat⁶²⁹ a-t-il été progressivement élargi, notamment au profit des parties privées⁶³⁰. Ce recours est particulièrement important au stade de la mise en état car il concerne autant la question des nullités qui peuvent entacher une procédure et porter atteinte à la qualité des jugements sur le fond que celle des refus du magistrat instructeur de faire droit à une demande provenant d'une partie en vue de la manifestation de la vérité ou de la progression de l'enquête⁶³¹. Un témoignage de l'un des

⁶²⁵ Voir supra, « la place de la cour suprême en union des Comores ».

⁶²⁶ On peut citer ici la célèbre affaire de la toile de Poussin dont la préemption par les musées nationaux à la suite d'une vente aux enchères a donné lieu à un procès de plus de 15 ans en France qui a opposé les époux St Arroman, puis la veuve St Arroman à la Réunion des musées nationaux. Pendant cette période pas moins de cinq décisions sont prises dont deux arrêts de la Cour de cassation et le second pourvoi est introduit sur un moyen différent. Cf. Cass. Civ. 1^{ère} 22 février 1978, Dalloz 1978, chron, p. 601, note MALINVAUD PH., Rép Defrénois 1978, p. 1346, observations AUBERT J-L. ; RTD civ. 1979, p. 127, observations LOUSSOUARN Y. ; et Cass. Civ. 1^{ère} 13 décembre 1983, Dalloz 1984, juris, p. 340, note AUBERT J.L. ; JCP 1984, II, 20184, Conclusions GULPHE.

⁶²⁷ LARGUIER J. Remarque sur l'évolution d'une voie de recours : « *le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction* », Mélanges Vitu, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

⁶²⁸ Ibid, p. 290.

⁶²⁹ Nous assimilons les ordonnances du juge d'instruction à des « décisions de justice » tant il est indéniable que ces actes présentent de nombreuses similarités avec les décisions sur le fond et participent activement à la construction des jugements et arrêts.

⁶³⁰ L'appel des Procureur de la République et Procureur Général est prévu par l'article 185 du Code français de procédure pénale et celui des parties privées par l'article 186 du même Code.

⁶³¹ Les décisions des magistrats comoriens sont souvent remises en cause du fait de l'attitude de ceux-ci à écarter ou refuser la production d'éléments de procédure d'une partie pouvant servir à la manifestation de la vérité ou à la progression de l'enquête. Me Abdou Elaniou a soulevé ce problème à la sortie d'une audience en 2015 au pénal.

tenors du bareau des Comores montre bien les dérives des décisions de justice en Union des Comores. Interrogé à la sortie de l'audience où il était l'avocat d'un militaire tué, Me Elaniou⁶³² dénonce « une justice qui rejette tout élément de preuve pouvant aider à la manifestation de la vérité, une justice dénuée de toute clarté procédurale, une justice qui a refusé de nous écouter et qui nous a écarté du débat, sans aucune forme de procès, une justice à double vitesse ».

Concernant les décisions sur le fond, les voies de recours et la motivation sont considérées comme « des garanties de bien-jugée⁶³³ ». Elles permettent un contrôle sur les faits et sur le droit, mais aussi sur le respect de la procédure. Le droit au recours « favorise le respect du contradictoire⁶³⁴ » car les magistrats savent que s'ils n'organisent pas un procès équitable, la solution qu'ils donneront au litige sera susceptible d'être remise en cause simplement sur le fondement du mépris des règles procédurales⁶³⁵. Le défaut ou l'insuffisance des motifs, le refus de laisser à l'accusé la parole en dernier⁶³⁶ sont autant de motifs d'annulation ou de cassation qui ouvrent la voie à un nouvel examen de l'affaire. Droit au recours et motivation sont aussi indiscutablement liés dans la mesure où l'un ne se révèle utile qu'à travers l'autre. Une Cour d'appel ne pourra confirmer ou censurer un jugement rendu en premier ressort que si elle comprend les motifs qui ont déterminé les premiers juges dans leur choix. La motivation, au delà de sa mission de transparence à l'égard des justiciables ne joue pleinement son rôle que dans la mesure où elle sert à élucider les raisons d'un jugement rendu dans le secret des délibérés.

Droit au recours et motivation permettent encore, à travers le contrôle d'une juridiction supérieure et en dernier lieu d'une autorité nationale unique, de rendre uniforme l'interprétation des règles écrites. Cette conception centralisée et hiérarchisée de la

⁶³² Maître Elaniou est un avocat très célèbre, il est aujourd'hui le tenors du Bareau des Comores, sa célébrité est confirmée du fait de son exercice de cette fonction d'avocat au Bareau de Paris. Il est le premier comorien à être inscrit au Bareau de Paris. Il est aujourd'hui le Président de l'association de lutte contre la corruption judiciaire, et de défense des droits des citoyens. Il va réussir en 2012 à faire déclarer une décision du Conseil constitutionnel qui a jugé constitutionnel la nomination par le Président de la République Ikililou d'un Président de la Cour d'appel des Comores en fonction, conseiller juridique près la présidence de l'Union des Comores. La Cour constitutionnelle, s'est vue obligée de revenir à sa décision et déclarer inconstitutionnelle ladite nomination.

⁶³³ WIEDERKEHR G. « Droits de la défense et procédure civile », Dalloz 1978, chron, p. 36.

⁶³⁴ Ibid, p. 36.

⁶³⁵ CLEMENT G. « *L'appel* voie de nullité en procédure pénale », RSC 1990, p. 260. Selon cet auteur, cette voie de recours contribue « à une meilleure administration de la justice ».

⁶³⁶ Expression des droits de la défense.

motivation permet à la création prétorienne du droit de se développer⁶³⁷. Pour que la Cour de cassation puisse contrôler les arrêts et jugements des juridictions du fond et que ces derniers puissent comprendre les fondements de l'interprétation faite par la juridiction suprême, il faut que chacune de ces décisions soit motivée.

L'uniformité dans la mise en œuvre de la règle de droit écrit est facteur *d'égalité*, il est aussi facteur de qualité. On peut comprendre la perplexité d'un praticien du droit, ou d'un justiciable, face à la multiplicité des interprétations données à une même prescription textuelle par les Cours d'appel. On connaît aussi les commentaires doctrinaux glosant sur l'ambiguïté de telle ou telle disposition résultant d'une réforme et appelant de leurs vœux l'intervention salvatrice de la Cour de cassation. L'instabilité est source d'incertitude et il est certain que le droit au recours et à la motivation contribuent à réduire cette incertitude pour les justiciables et pour les plaideurs. Plus qu'à la qualité de la justice, ces principes concourent à la qualité du droit. Ce qui suppose que les arrêts soient connus et diffusés.

Section 2 : L'accès au droit

116. La possibilité pour chacun de faire reconnaître et respecter ses droits, au besoin en saisissant les juridictions appropriées, apparaît aujourd'hui comme une composante essentielle de tout Etat de droit. En France plusieurs réformes sont faites pour rendre la justice plus accessible⁶³⁸. Première idée, c'est de rendre la justice plus accessible, de ce fait est créé un service d'accueil unique du justiciable (SAUJ). Il sera mis en place dans 384 juridictions d'ici fin 2017. Il permettra aux justiciables d'obtenir une information générale ou sur une procédure les concernant partout en France. Deuxième idée, rendre la justice efficace, cette loi simplifie la procédure de divorce par consentement mutuel. Les plans de surendettement des particuliers seront applicables immédiatement et sans l'intervention du juge, sauf en cas de contestation. La forfaitisation de certains délits routiers etc. troisième idée, une justice plus simple. Par exemple l'enregistrement du Pacte civil de solidarité se fera en mairie, non plus au tribunal. Les notions d'accès au droit et d'accès à la justice expriment désormais le plus souvent un tel impératif. Cette formulation pourrait donner lieu à une interprétation très large : permettre aux citoyens d'aborder ou de parvenir à un état idéal de justice distributive, au moins élémentaire, mais difficilement accessible pour beaucoup. Ce serait une sorte de devoir primaire à la charge de la puissance publique, dépassant de loin la saine organisation des institutions de justice.

⁶³⁷ GIUDICELLI DELAGE G. « La motivation des décisions de justice », Thèse, Poitiers, 1979, p. 47.

⁶³⁸ Loi de modernisation de la justice du 21^e siècle publiée au JO du 19 novembre 2016.

Le prononcé d'une sentence qui clôture un différend est le premier des enjeux pour l'institution judiciaire. L'accès au droit et à la justice passe par l'accès au juge. Encore faut-il que l'ampleur de la mission juridictionnelle n'occulte pas son pragmatisme. Il n'est pas souhaitable dans un Etat qui se veut de droit qu'un justiciable soit privé à l'accès au juge faute de moyens pécuniaires, car ce serait une atteinte grave par l'Etat au principe de garant du bon fonctionnement de la justice. Et pour faire face à cette atteinte grave, il faut avant tout commencer par l'octroi à la justice d'un budget raisonnable (§1), mais aussi par l'octroi d'une aide juridictionnelle (§2) aux justiciables n'ayant pas de moyens suffisants pour engager un avocat.

§1 Le coût budgétaire de la justice

117. Pour qu'une justice fonctionne bien, elle doit être dotée de moyens financiers suffisants. Or on constate que la justice comorienne, souffre d'un budget très maigre, son coût est extrêmement faible (A), d'où la nécessité de trouver des solutions face à cette dérive budgétaire (B)

A- Une justice confrontée à un très faible coût budgétaire

118. Parler de coût budgétaire de la justice, c'est invoquer les moyens qui sont accordés à la justice pour remplir son office. La justice est l'une des institutions les plus importantes dans une République de droit car parmi ces institutions, seule est reconnue comme autorité⁶³⁹ l'institution ou le service publique de la justice. On peut souligner ici que depuis la Constitution française de 1958, il n'y a plus, de véritable pouvoir judiciaire, mais une « autorité judiciaire⁶⁴⁰ » en charge du pouvoir de juger.

La reconnaissance de l'étendue des missions, quelle que soit leur nature, implique que soient donnés aux magistrats les moyens de les remplir. On ne peut concevoir une justice indépendante si elle ne dispose pas du personnel et des outils intellectuels, économiques, statistiques et financiers permettant de faire face avec intelligence et à propos aux problèmes qui lui sont posés. L'indépendance de la justice, passe avant tout par le développement, chez les magistrats, d'une forte éthique de responsabilité effective et totale en matière de dépense

⁶³⁹ J.-D. Bredin, « La justice, de l'autorité au pouvoir », Cah. S. dr. Entr. 1995. 4 ; justices 1996-3. 161 s. ; Rev. Deux mondes nov. 1995. 126-2°. Ch. Atias, « Pouvoir et autorité judiciaire », D ; 1992. Chron. 180.

⁶⁴⁰ T. Renoux, « L'autorité judiciaire », colloque Aix, 8-10 sept. 1988, in L'écriture de la Constitution, Economica, 1992, p. 703.

Le coût budgétaire de la justice comorienne est certes très faible. Nombreuses sont les critiques portées sur la cette justice en matière de temps raisonnable dans les jugements⁶⁴¹. Selon un constat fait par Djaé Oulovavo Youssouf « magistrat instructeur au palis de justice des Comores », la justice comorienne fonctionne sans véritable budget. Pour expliquer les raisons de la lenteur des jugements en Union des Comores, il faut avant tout citer le problème d'outils, on est amené à reporter des audiences faute d'encre et de papiers. Mais la plus douloureuse raison , c'est l'absence d'électricité au sein de la justice. On a à faire à des coupures d'électricité répétitives. Or, il est à mentionner que la rapidité de tout service public dépend des moyens qui sont mis en place à la disposition de la justice, tant en personnel qu'en équipement⁶⁴². Comme tout autre service public d'un Etat, le service public de la justice fonctionne par rapport aux crédits budgétaires qui lui sont alloués. Le passage du crédit budgétaire de la justice comorienne de 00% du budget de l'Etat en 1964⁶⁴³ à 5% en 2010 et à 10% en 2015, montre certes, une évolution et une amélioration des moyens financiers de la justice mais, est-il suffisant pour assurer un bon fonctionnement de la justice ?

Des efforts sont à faire et la dotation de plus de moyens budgétaires pour la justice doit rester une priorité. La justice comorienne, comme toute justice, ne peut se fixer pour objectif primordial d'être rapide alors qu'elle fonctionne en sous-effectifs dû au manque de moyens pour faire entrer de nouveaux magistrats au sein de l'institution. Des moyens matériels, intellectuels et humains doivent être raisonnablement affectés à la justice afin qu'elle puisse résoudre les affaires dans des délais raisonnables.

⁶⁴¹ Selon un constat fait par Djaé Oulovavo Youssouf « magistrat instructeur au palis de justice des Comores », la justice comorienne fonctionne sans véritable budget. Pour expliquer les raisons de la lenteur des jugements en Union des Comores, il faut avant tout citer le problème d'outils, on est amené à reporter des audiences faute, d'encre, de papiers. Mais la plus douloureuse raison c'est l'absence d'électricité au sein de la justice. On a à faire à des coupures d'électricité répétitives.

⁶⁴² Voir en France Sénat, n° 49, 1996-1997, « Quels moyens pour quelle justice » ?

⁶⁴³ Evaluation du budget de la justice comorienne pendant l'indépendance survenue en 1975. Il est à noter que pendant la période coloniale, tous les instruments de la justice ont été pris en charge par le colonisateur français.

Pour ce faire, il incombe à l'Etat comorien d'octroyer les fonds nécessaires permettant d'assurer la formation des jeunes magistrats en réduisant les dépenses publiques et surtout des membres des gouvernements⁶⁴⁴.

En France, la loi de 1991 vise à faciliter l'accès au droit⁶⁴⁵ en dehors de toute phase contentieuse. Cette aide a été redéfinie par la loi du 18 décembre 1998. Elle comprend désormais cinq volets⁶⁴⁶ :

- L'information générale des personnes sur leurs droits et obligations, ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre de ces droits.
- L'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique.
- L'assistance au cours des procédures non juridictionnelles.
- La consultation en matière juridique. Pour celle-ci, il revient au Conseil départemental d'aide à l'accès au droit de décider du montant des frais de consultation qui peuvent rester à la charge du bénéficiaire, selon un barème qu'il établit en fonction des ressources de l'intéressé et de la nature de la consultation. La rétribution des personnes assurant des consultations est fixée par décret.
- L'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques. Un service public d'accès au droit a été créé le 15 septembre 2002⁶⁴⁷, et c'est désormais la nouvelle direction dde l'information légale et administrative, placée sous l'autorité du Premier ministre, qui « *est garante de l'accès au droit* »⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ Depuis l'adoption de la Constitution du 23 décembre 2001, les Comores sont dotées de deux types de gouvernements : le Gouvernement de l'Union et celui des îles. Il faut noter que les Comores sont un pays fédéral mais un fédéralisme maîtrisé et dénué de toute forte autonomie jusqu'en 2001, où la nouvelle Constitution va accorder une large autonomie des îles. Chaque île en Union des Comores est dotée depuis 2001 d'un gouvernement autonome, composé de ses gouverneurs, et de ses personnels fortement payés.

⁶⁴⁵ J. Ribs, « L'accès au droit », Mélanges Robert, LGDJ, 1998, p. 415.

⁶⁴⁶ Article 53 de la loi du 18 décembre 1998.

⁶⁴⁷ Ce service public a été créé sur le site www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁴⁸ Décr. N° 2010-31, 11 janv. 2010, art. 2.

Aux Comores des solutions sont envisagées pour remédier à ce fléau budgétaire qui ne fait que ralentir le fonctionnement de cette prestigieuse institution.

B- Les solutions à la dérive du coût budgétaire de la justice

119. Il est urgent aujourd'hui que des solutions soient trouvées pour faire face aux problèmes liés au coût budgétaire de la justice. Une justice ne peut fonctionner sans un important budget. Et il est inadmissible de voir qu'une telle « autorité » fonctionne mal en raison d'une carence budgétaire alors que l'institution de la justice est le fondement de toute République démocratique. Sans justice, il n'y a pas de vie politique possible, sans justice, il n'y a pas de solidité étatique. Pour qu'un Etat fonctionne convenablement, il faut que le service public de la justice soit porté au sommet des préoccupations du politique. Etant le garant de la continuité du service public pour toutes ses formes, l'Etat doit faire en sorte que les dépenses publiques soient portées pour une grande part à l'institution de la justice.

Une solution est envisageable pour que la justice puisse examiner les affaires dans des délais raisonnables ; dans la mesure où le problème des moyens de la justice perdure, différentes mesures contribuent à lui apporter des solutions :

- Pour diminuer l'encombrement des rôles d'audience, il est possible, à défaut d'augmenter le nombre de magistrats, de restreindre le nombre de plaideurs en restreignant le nombre de dossiers à examiner. L'intérêt de la mesure n'est pas seulement d'ordre budgétaire ; il est préférable pour la paix sociale de prévenir les procès plutôt que de les résoudre car tout ce qui contribue à éteindre les litiges avant qu'ils n'aboutissent à une instance allège d'autant la charge des juges⁶⁴⁹. Il est en l'espèce, possible, de développer, comme en France, « des modes alternatifs de résolution des conflits », comme la médiation la conciliation et la transaction » sans pour autant négliger d'autres appelés « modes participatifs ».
- Il est également possible de trouver le même résultat en « déjuridictionnalisant » certaines catégories d'affaires, en matière d'accident de voitures par exemple, où il est

⁶⁴⁹ Voir en France l'encouragement apporté par les pouvoirs publics au développement des formes amiables de règlement des litiges.

possible de laisser la résolution du litige aux compagnies d'assurance et aux autorités de police judiciaire.

- Une autre solution paraît envisageable pour doter la justice d'un portefeuille à la hauteur des attentes de cette institution : la réduction des dépenses publiques et notamment les gros salaires payés aux membres du gouvernement et à certains agents de la fonction publique. Aujourd'hui, un ministre comorien gagne un salaire minimum de 1300 euros par mois, sans compter d'autres énormes avantages dont il bénéficie et les grosses primes qu'il gagne tous les mois. Selon une étude faite, et de témoignages recueillis auprès de fonctionnaires de l'Etat, un ministre comorien peut gagner plus de 5000 euros par mois. C'est énorme dans un pays en voie de développement.
- Une grande prudence et notamment un contrôle strict doit être mise en place afin de veiller à ce que certains fonctionnaires de la République ne détournent pas les deniers publics. Il est à noter que les Comores font partie des pays où un fonctionnaire de la République après un mandat de cinq ans exercé au sein d'un organisme public, peut monter une grande société dont le capital social peut dépasser un million d'euros d'argent de poche⁶⁵⁰.
- Une grande refonte de la carte judiciaire doit faire son apparition. Uniformiser les juridictions et même faire disparaître quelques unes jugées inutiles au profit d'autres juridictions limitées dans leur structure serait une bonne idée.
- Autre mesure possible et efficace relative à l'accès au droit et celle de diminuer les honoraires des avocats. Le plafond des honoraires des avocats comoriens est trop élevé ; il est aussi possible de mettre en place la question de « avocats commis *d'office* » pour permettre à chaque citoyens de se faire entendre par un juge lorsqu'il a une affaire à porter devant lui⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Voire la question de Jean Mdradabi, directeur général des Comores Hydrocarbures, qui en un laps de temps va devenir l'un des grands hommes fortunés du pays tout simplement parce qu'il aurait exercé cette fonction de gérant de ladite société.

⁶⁵¹ Ici ce serait respecter l'art 30 du Code français de procédure civile qui pose le fameux principe « de droit à un juge », ce serait respecter aussi l'art. 6§1 de la CEDH.

Il nous revient donc d'apporter à notre justice les réformes néceissaires pour qu'elle conquière une crédibilité et une « véritable autorité » qui ne puissent être contestées, ce qui signifie que son budget soit accru. C'est à ce vaste chantier que doivent s'attaler tous ceux qui ont à voir avec cette vieille et noble institution qu'est la justice. D'autant que cette dernière intéresse, à présent, tous les Comoriens. En effet, elle les concerne tous. Et songeons qu'au-delà de nos frontières, nombreux sont ceux qui suivent avec passion et de prêt, le grand débat dans lequel notre pays est désormais engagé. Ils espèrent y trouver des éléments de réflexion pour leurs propres réformes judiciaires. C'est la raison pour laquelle, le Président Azali Assoumani⁶⁵² a décidé de porter à la tête du Ministère de la justice, un prétendant réformiste, ancien avocat au Bareau de Moroni, Me Fahami, afin qu'il procède à la mise en place de nouvelles réformes encadrant et organisant la justice comorienne.

Il est naturellement obligatoire, de mettre fin aux nouvelles juridictions en permanente création, alors que le pays est confronté à des problèmes récurrents d'effectif de magistrats. Il est nécessaire et urgent que l'Etat comorien prodigue plus pour la justice dans le but d'assurer une véritable démocratie dans le pays, mais aussi assurer une véritable liberté d'accès au droit par le biais d'une aide juridictionnelle.

§2 L'octroi d'une aide juridictionnelle

120. L'aide juridictionnelle permet, devant toutes les juridictions, aux parties dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice de bénéficier d'une aide financière de l'Etat pour prendre en charge tout ou partie de leurs frais d'avocat, d'huissier de justice et d'expert. Pour pouvoir en bénéficier, une moyenne mensuelle des ressources du demandeur perçues entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de l'année précédente doit être fixée et doit être inférieure à un plafond qu'un organe spécial doit être mis en place pour contrôler. Pour mener à bien cette aide, des structures officielles de l'aide juridique et de l'accès au droit (A) doivent être mises en place. Encore faudrait-il qu'une technique de l'assurance (B) soit mise en place pour veiller au respect de ce fondement.

A- Les structures officielles de l'aide juridictionnelle et de l'accès au droit :

121. Parler de structures officielles d'aide juridictionnelle et de l'accès au droit, c'est avant tout songer à la création d'une instance consulaire (1), vu le caractère fédéral de l'Etat comorien, pour gérer toutes les questions liées au financement de l'aide

⁶⁵² Ex-Président des Comores de 1997-2006 et réélu pour la deuxième fois le 26 mai 2016 pour un mandat de cinq ans de 2016-2021.

juridictionnelle, mais aussi la création de maisons de justice (2) doit être mise en place pour permettre aux citoyens de se faire conseiller et informer.

1- Conseil insulaire de l'accès au droit et conseil national de l'aide juridique

122. Un conseil insulaire de l'accès au droit doit être institué dans chaque île pour recenser les besoins d'accès au droit, de définir une politique locale d'aide à l'accès au droit, de dresser et diffuser l'inventaire de l'ensemble des actions menées, évaluer la qualité et l'efficacité des dispositifs auxquels ils apportent leur concours, établir un rapport, chaque année, sur leur activité. En outre, ce conseil est saisi, pour information de tout projet d'action préalablement à sa mise en œuvre et, pour avis, de toute demande de concours financier de l'Etat préalablement à son attribution. Il faut noter qu'en France, en fonction des ressources du demandeur, l'aide juridictionnelle peut être totale ou partielle. A titre exceptionnel, l'aide juridictionnelle peut être accordée aux personnes dont les ressources dépassent le plafond lorsque leur situation apparaît digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès⁶⁵³.

La demande d'aide juridictionnelle doit être formée par la remise d'un formulaire de déclaration au bureau d'aide juridictionnelle ici au bureau du conseil consulaire du lieu du domicile du demandeur⁶⁵⁴. Si l'aide juridictionnelle est accordée, l'Etat prend en charge, totalement ou partiellement suivant le cas, les frais de justice dont notamment les frais d'expertise. Par conséquent, et ce, que l'aide juridictionnelle soit totale ou partielle, le bénéficiaire de l'aide est expressément dispensé du paiement, de l'avance ou de la consignation de ces frais qui sont avancés par l'Etat⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Loi du 10 juillet 1991, art. 3.

⁶⁵⁴ En France, le formulaire de déclaration est formé au bureau d'aide juridictionnelle du tribunal de grande instance du domicile du demandeur, s'il s'agit d'une procédure devant un tribunal d'instance, de commerce, de grande instance, devant un conseil des prud'hommes, ou devant la cour d'appel, ou de celui de la Cour de cassation s'il s'agit d'un pourvoi en cassation.

⁶⁵⁵ En France il s'agit d'une loi n° 91-647, du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle, art. 40, JO 13, p. 9170.

Ce conseil doit être institué sous forme de groupement d'intérêt public. En France les Conseils départementaux sont constitués sous forme de groupement d'intérêt public de l'article 21 d'une loi du 15 juillet 1982⁶⁵⁶ ; pour leur composition⁶⁵⁷, c'est un magistrat, le président du TGI du chef-lieu ou son représentant, qui préside le conseil départemental. Le Procureur « comorien » de la République est commissaire du gouvernement. Les modalités de participation des membres du conseil au financement des activités ou d'association des moyens de toute nature mis par chacun à la disposition du groupement, sont déterminées par la convention constitutive de ce dernier. Ces Conseils insulaires doivent avoir pour mission, de conclure des conventions avec les membres des professions juridiques ou judiciaires réglementées ou leurs organismes professionnels ou avec les personnes habilitées à consulter en matière juridique ou rédiger des actes sous seing privé⁶⁵⁸.

En plus des Conseils insulaires, un Conseil de l'Union doit être mis en place, il doit être chargé de recueillir toutes informations sur le fonctionnement de l'aide juridique, de proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à améliorer le fonctionnement ; de faire aux conseils insulaires des suggestions en vue de développer et d'harmoniser les actions menées localement ; d'établir un rapport annuel sur l'activité d'aide juridique, au vu des rapports des conseils insulaires. Il est aussi indispensable de mettre en place des maisons de justice et du droit.

2- L'apparition des maisons de justice

123. Les Maisons de justice et du droit sont une spécificité française, elles sont réglementées⁶⁵⁹. Elles ont pour mission : d'assurer « une présence judiciaire de proximité » et de concourir à trois objectifs dont le dernier concerne la justice civile. Elles doivent assurer une meilleure prévention de la délinquance, et une aide aux victimes et d'assurer un meilleur accès au droit. Elles ont pour mission également d'accueillir « les mesures alternatives de traitement pénal et les actions tendant à la résolution amiable des litiges ».

⁶⁵⁶ Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982, art. 21.

⁶⁵⁷ Voir art. 55 et 56 de ladite loi cit. supra.

⁶⁵⁸ En France, la loi du 31 décembre 1971, dans son titre 2 dispose que « en vue de définir les modalités de participation des Conseils départementaux aux actions d'aide à l'accès au droit » ces derniers peuvent ...

⁶⁵⁹ Articles R. 131-1 à R. 131-11, COJ.

Aux Comores ces maisons n'existent pas, et doivent faire le jour pour consolider la justice, en assurant un meilleur accès à la justice.

Une technique de l'assurance de l'aide juridictionnelle doit assurer les justiciables de leur possibilité à se faire entendre en justice.

B- La technique de l'assurance de l'aide juridictionnelle

124. La technique de l'assurance est un système de protection juridique qui consiste à vérifier mais aussi à assurer une bonne administration de l'aide à l'accès au droit. Elle repose en effet, sur deux principes fondamentaux ; avant tout, sur la question du financement de l'aide juridictionnelle (1) et aussi sur une proposition de financement ou précisément sur l'assurance de protection juridique (2)

1- La question du financement de l'aide juridictionnelle

125. Le financement de l'aide juridictionnelle est soumise à une commission, celle-ci a pour charge de vérifier si le demandeur de l'aide doit bénéficier d'une aide totale ou partielle.

Le financement doit surtout prendre en compte les revenus mensuels du demandeur. A noter que plusieurs milliers de Comoriens vivent dans la pauvreté et ne disposent d'aucun moyen financier pour engager un avocat⁶⁶⁰. Mais avec la crise que connaissent nos finances publiques, il faudra être imaginatif pour trouver des solutions adaptées à l'ampleur du problème et envisager plusieurs sources de financement⁶⁶¹.

2- L'assurance de protection juridique

⁶⁶⁰ L'aide juridictionnelle doit être octroyée à ceux qui ne travaillent pas par exemple. Un Comorien au nom de Msaidié connu sous le nom de Japan, souhaitait engager un avocat pour le représenter en vue de l'acquisition successorale des terres de ces parents. N'ayant pas les moyens financiers pour engager un avocat, il était allé voir un des avocats de sa région pour lui demander sa faveur, cet avocat refuse de s'engager sans honoraires, et ce comorien a dû abandonner ses droits, et a dû perdre la propriété de ses biens successoraux.

⁶⁶¹ S. Guinchard ; D. Ambra « Réformer l'aide juridictionnelle », Mélanges, Dalloz, 2010, p. 85 ; J. Junillon, « Un fonds de garantie pour la justice civile ? », p. 125 ; BASEDOW, « L'accès à la justice pour les créances modestes », p. 67. ; A. Coignac, « Réforme de l'aide juridictionnelle : quelles perspectives ? », JCP 2010. Doctr.594.

126. L'assurance de protection juridique se définit comme « toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge les frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ⁶⁶² ». Ce financement n'est pas facile dans un pays en voie de développement, mais on peut prendre comme exemple la manière dont celui-ci est assuré en Belgique :

- La Belgique consacre dans sa Constitution de 1994, « le droit à l'aide sociale, médicale et juridique » mettant ainsi sur le même plan santé et droit. Il est donc possible d'envisager une « sécurité sociale » de l'aide juridique ⁶⁶³. Encore faudra-t-il veiller à ce que la « socialisation » du droit qui en résulterait ne porte pas atteinte à la défense des libertés publiques ⁶⁶⁴. Il est à noter que la France est le seul pays au monde où l'accès à la justice est quasiment gratuit ⁶⁶⁵.
- Un système d'assurance de la protection juridique reposant sur la technique de l'assurance de groupe devrait être envisagé, le souscripteur n'étant pas le bénéficiaire, mais un organisme de l'Union ou une instance insulaire, seule la mutualisation des coûts de la justice pouvant assurer une couverture correcte de ceux-ci ⁶⁶⁶.

Les politiques contemporaines d'accès effectif au droit et à la justice ont en commun un même point de départ : le choix de ne pas faire supporter systématiquement et définitivement à

⁶⁶² Directive européenne du 22 juin 1987, loi du 31 décembre 1989 adaptant le Code des assurances à l'ouverture du marché européen ; articles L. 1127-1 et s. et L. 321-6 . Une loi n° 2007-210 du 19 février 2007 est apparue pour apporter des précisions quant à la technique de l'assurance et quant à la contribution à l'accès au droit, sans remettre en cause celle de 1989.

⁶⁶³ Voir en France S. Guinchard, « Etats généraux de la profession d'avocat ou la réforme de la procédure civile », Rev. Jur. Île de Fr., Dalloz, oct. – déc. 1997 et aussi coll. « Thème et commentaires », 1996.

⁶⁶⁴ Voir J.- M Varaut, « Le droit au juge », éd., Quai Voltaire, 1991, p. 276.

⁶⁶⁵ Il existait en France par une loi de 2011 pour l'action en justice le droit de timbre fiscal de 35 euros. Cette loi a été abrogée en 2013.

⁶⁶⁶ En France, on a proposé une Caisse nationale de gestion de cette aide à travers l'assurance de protection juridique, Y. Doussat, Gaz. Pal. 1991. Doctr. 83. V. aussi, O. Dufour, « Les vertus de l'assurance », LPA 17 déc. 1997.

chaque justiciable, quel que soit son état de fortune, le coût des procès le concernant. En dehors de cela, elles disposent de toute une palette de moyens propres à satisfaire cet objectif dans le respect de cultures juridiques et judiciaires souvent très marquées. Il est tout d'abord possible d'agir sur la charge du coût de la protection et de la sanction effective des droits.

L'accès au juge ne suffit pas pour garantir une bonne justice, le juge doit aussi avoir des qualités propres dans la résolution des décisions de justice, l'une de ces qualités, c'est une vertu : sa neutralité.

Chapitre II : L'exigence d'extériorité du juge comorien

127. La neutralité du juge est une garantie fondamentale du plaideur. Nécessaire du juge appelé à trancher entre les prétentions opposées des parties, elle est soulignée fortement par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce qu'il faut souligner, cette Convention a un caractère universel et tout pays de droit se doit de le respecter. Cet article 6 § 1 de ladite Convention stipule que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ⁶⁶⁷ ». Le principe d'indépendance des juges est le fruit du principe de la séparation des pouvoirs. Si celle-ci relève d'un statut du juge, son impartialité est une vertu qui se manifeste par sa neutralité. Tout procès demande l'intervention d'un tiers : un juge, mais pas n'importe quel juge ; celui-ci doit être indépendant (Section1) mais aussi impartial (section2)

Section 1 : *La question du respect du principe d'indépendance du juge*

128. Le principe d'indépendance du juge est né de la théorie de la séparation des pouvoirs telle que voulue par le Français Montesquieu⁶⁶⁸. Cette théorie pose trois types de pouvoirs : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. L'accent portera sur cette dernière. Il implique de s'interroger sur le respect du principe d'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir politique (§1) avant de s'intéresser du même principe vis-à-vis du pouvoir milanantsite et religieux (§2). Il est à noter que traiter cette partie ici n'est pas dénué d'intérêt. En Union des Comores, le religieux et le mila nan tsi constituent de pouvoir et leur immixtion dans les décisions de justice est conçue comme une atteinte à l'indépendance de la justice. Aux Comores, on parle de pouvoir milanantsiste et de pouvoir religieux, tous les deux peuvent influencer sur les décisions de justice et même faire un frein à une décision de justice.

129.

⁶⁶⁷ La même exigence d'un procès équitable est formulée par l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1996, publié en France par le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981. Sur tous ces aspects de la garantie d'un procès équitable, v. S. Guinchard et alii, *Droit Processuel. Droits fondamentaux du procès*.

⁶⁶⁸ Montesquieu, « *De l'Esprit des lois* », 1748. – Voir aussi John Locke, « Deux traités du Gouvernement », 1713.

§1 Le respect vis-à-vis du pouvoir politique

130. Si c'est une évidence d'affirmer qu'il y a une étroite connexité entre pouvoir politique et justice, l'historien du droit doit prendre garde de transposer dans le passé des catégories de pensée contemporaines ou relativement récentes quand il étudie le binôme indépendance du juge et pouvoir politique. Poser la question en termes de relations entre la Justice (considérée comme une entité organique) et le pouvoir (assimilé aux cercles dirigeants de l'Etat) nous paraît ainsi intégrer implicitement la problématique de ce que l'on appelle, par habitude, et hérité de notre homologue français, « la séparation des pouvoirs⁶⁶⁹ ». L'expérience montre que le système judiciaire connaît vis-à-vis du pouvoir politique une sorte de défaillance (A) ce qui nous permet de nous demander si l'indépendance de la justice reste une vérité ou une terminologie trompeuse qui tend vers une fiction (B)

A- La défaillance du système judiciaire dans le procès politique

131. La défaillance du système judiciaire dans le procès politique est un phénomène qui date et qui persiste dans plusieurs démocraties. Elle s'explique a priori par de prononcé de jugement violant les règles de procédures (1) et qui met tout le monde dans le doute et conduit à s'interroger sur l'indépendance de la justice, vérité ou fiction(2)

1- Jugement et violation des règles procédurales

132. Il est tout à fait indéniable que le justiciable qui saisit une juridiction n'attend pas seulement du jugement qu'il dise le droit, mais aussi qu'il soit appliqué. La Cour Européenne des Droits de l'Homme souligne, dans sa jurisprudence dite « Hornsby », que le droit au juge garanti par l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en matière de droits et obligations à caractère civil, serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat permettait à une décision juridictionnelle de demeurer inexécutée, créant ainsi une situation incompatible avec le principe de prééminence du droit.

Le procès politique est une forme particulière de procès dont il est difficile de dire, tellement elle a remarqué l'histoire, qu'elle relève d'un fonctionnement anormal des institutions juridictionnelles. Il s'agit simplement d'une institution procédurale répondant à

⁶⁶⁹ Sur cette notion, le lecteur se reportera avant tout à M. TROPER, « La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française », Paris, LGDJ, 1973 et, sur le thème de la justice « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », Pouvoirs, 1981, p. 5-15 ; « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », in 1791, La première Constitution française, Actes du colloque de Dijon, Paris, Economica, 1993, p. 355-367.

des finalités propres et définies par des règles souvent dérogatoires au droit commun procédural. Pour illustrer ce propos, on choisira deux exemples caractérisés par leur diversité historique et géographique. Le premier est pris dans la période de l'ancien régime français ; il s'agit du procès du Surintendant Fouquet. Le deuxième est emprunté à l'histoire contemporaine ; on le trouve dans les procédures relatives aux affaires politiques en URSS.

- Le procès du Surintendant Fouquet : Ce haut personnage de l'Etat français a officié durant les années qui précédèrent l'arrivée au pouvoir de Louis XIV⁶⁷⁰. Chargé de remplir les caisses de l'Etat, le Surintendant avait largement puisé dans le trésor royal pour entretenir une vie fasteuse et procéder à des acquisitions immobilières. Il fut en cela opposé à COLBERT et se sachant menacé, il ébaucha un plan de défense consistant dans son retrait à Belle-Ile, dont il avait acquis la propriété. FOUQUET fut arrêté le 5 septembre 1661 et es poursuites dont il fit l'objet concernant à la fois les malversations financières et le crime de lèse-majesté. Au-delà du procès, le roi, sous l'influence de COLBERT, recherchait à tout prix une condamnation exemplaire⁶⁷¹. Les deux hommes écartèrent ainsi l'hypothèse d'un procès devant le parlement au profit d'une commission spéciale composée de juges acquis à la cause royale⁶⁷².

Dès son premier interrogatoire, FOUQUET demanda à être jugé par le parlement et mentionna qu'aucun acte de procédure ne lui avait été signifié. Plus tard, il se plaigna encore qu'aucun document de la procédure ne lui soit accessible estimant injuste que ces pièces ne puissent être utilisées que par l'accusation⁶⁷³. Les perquisitions qui ont été faites chez lui l'ont été en son absence et FOUQUET soutiendra qu'on lui a dérobé les preuves de son innocence. COLBERT se chargera lui-même de faire pression sur certains magistrats trop scrupuleux et indépendants. Pourtant, seule l'accusation de malversation fut retenue alors que la lèse-majesté fut déclarée infondée. Après cinq jours de délibéré, il n'y eut que neuf voix sur vingt deux pour réclamer la peine capitale requise par le Procureur général et souhaitée par le roi. FOUQUET fut finalement condamné au bannissement. Une sanction qui équivalait à la liberté. Louis XIV devait alors commuer la peine en réclusion à perpétuité.

⁶⁷⁰ BASTID P. « Les grands procès *politiques de l'histoire* », Fayard, Paris, 1962, p. 156 et suivants.

⁶⁷¹ JESTAZ PH. « *L'avenir du droit naturel* ou le droit de seconde nature », RTD, civ. 1983, p. 233.

⁶⁷² BASTID P. « Les grands procès *politiques de l'histoire* », op. cit. p. 161.

⁶⁷³ Ibid, p. 164.

Outre les malversations financières qu'il avait effectivement commises, FOUQUET était surtout un adversaire politique de COLBERT qui réussit à retourner le roi contre lui. Son procès prenait dès lors des allures politiques renforcées par le projet de retrait de Belle-Ile. La procédure fut entièrement dirigée dans le sens de la culpabilité et de la condamnation. Nombre de principes essentiels furent violés. Celui de l'indépendance des magistrats, condition nécessaire de leur impartialité ; celui des droits de la défense et notamment du contradictoire, par l'impossibilité pour FOUQUET d'accéder aux pièces de son dossier ; celui de la présomption d'innocence, par la dissimulation vraisemblable de documents établissant son innocence ; celui enfin de l'autorité de la chose jugée puisque Louis XIV avait en définitive commué la peine de bannissement en réclusion à perpétuité. Les règles de procédure furent adaptées à la fonction même de ce procès qui était destiné à asseoir le pouvoir du roi dans son règne naissant et en conséquence, à écarter les personnalités susceptibles de faire ombrage à ce pouvoir.

Le procès politique vise à protéger une personne, une puissance, une idéologie. On retrouve cette idée avec le procès politique de l'URSS.

2- La Connivence entre magistrat et pouvoir politique

133.

- Dans un recueil d'articles consacrés à la question de la justice⁶⁷⁴, a été rapportée une décision du bureau politique du parti communiste soviétique du 5 mars 1940 signée de Joseph STALINE⁶⁷⁵. Ce texte peut être rapidement résumé comme suit :

Les cas de 14 700 personnes qui se trouvent dans les camps de prisonniers de guerre, anciens officiers polonais, fonctionnaires, propriétaires terriens...

Ainsi que les cas de 11 000 personnes arrêtées qui se trouvent dans les prisons des régions occidentales de l'Ukraine et de la Biélorussie, membres de diverses organisations contre-révolutionnaires d'espionnage et de subversion, anciens propriétaires terriens,

⁶⁷⁴ « La justice, *l'obligation impossible* », sous la direction de BARANES W. et FRISON-ROCHE M. A., éditions Autrement, Paris, 1994.

⁶⁷⁵ Ibid, p. 208.

industriels, anciens officiers polonais, fonctionnaires et transfuges ; à examiner selon la procédure spéciale, avec application à ceux-ci de la peine capitale, par fusillade.

L'examen de ces cas doit être fait sans convoquer les personnes arrêtées et sans leur communiquer l'accusation, ni la décision de clore l'enquête, ni la condamnation finale selon la procédure suivante :

Pour les personnes qui se trouvent dans les camps de prisonniers de guerre, en utilisant les documents présentés par la direction pour les prisonniers de guerre du NKVD de l'URSS.

Pour les personnes arrêtées, en utilisant les documents des dossiers présentés par les NKVD de l'Ukraine et de la Biélorussie.

Confier l'examen des dossiers et l'exécution de la décision à la troïka « tribunal *d'exception* ».

Nul n'est besoin de commenter ces lignes qui relatent les moments les plus sombres du stalinisme. Les procès politiques ont eu lieu pendant la période stalinienne mais se sont aussi poursuivis après la mort du dictateur. Leur étude montre que nonobstant l'adhésion de l'URSS aux principes énoncés notamment dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies⁶⁷⁶, les règles de procédure nationales ont été adaptées à l'objectif de protection du régime politique⁶⁷⁷. Cette négation des principes dits consubstantiels peut être inscrite dans les textes, mais dans la plupart des cas, elle relève de la pratique procédurale. En apparence, aucune procédure spéciale n'est appliquée au délinquant politique. En réalité, les principes directeurs du procès sont déformés et détournés.

L'idépendance des magistrats n'est pas garantie par la procédure comorienne. Les juges sont nommés par le pouvoir politique, et bien qu'ils soient inamovibles, leur maintien en fonction dépend de leur docilité⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Ce pacte adopté par l'assemblée générale de l'ONU fut ratifié par l'URSS le 16 octobre 1973.

⁶⁷⁷ MARIE-SCHWARTZEMBERG N. « Libertés publiques et procès politiques en URSS », thèse, Paris 1, 1986, pp. 401 et suiv.

⁶⁷⁸ Voir MARIE N. « Le Droit retrouvé ? » Essai sur les droits de l'homme en URSS, Paris, PUF, 1989 ; cité par KOURILSKY CH., in *Droit et Culture* 1991, n° 22, p. 172.

B- Indépendance de la justice entre vérité et fiction

134. On s'interrogera dans un premier temps sur la question de la corrélation entre le juge et le pouvoir politique (1), une corrélation voulue par le pouvoir constituant, et dans un deuxième temps on montrera que le problème de l'indépendance de la justice ne se discute pas mais reste une œuvre à réaliser (2)

1- La corrélation entre juge et pouvoir politique

135. En proclamant « *l'indépendance de l'autorité judiciaire* », ⁶⁷⁹l'article 28 de la Constitution comorienne ne semble, de prime abord, qu'exprimer une banalité solennelle, qui n'est pas spécialement d'époque et qui existait déjà dans les constitutions antérieures. Consacré un tel principe, c'est admettre d'assurer, comme le souligne René Cassin, l'exigence d'une « bonne justice »⁶⁸⁰. La première qualité du magistrat, c'est d'être indépendant, farouchement indépendant, soulignera Marcel Waline⁶⁸¹.

Ce n'est donc pas tant l'affirmation de l'indépendance de l'autorité judiciaire qui pose question que la désignation des institutions constitutionnelles chargées d'en assurer la garantie⁶⁸². Ces dispositions restent « *à l'abri de la critique comme de l'éloge* ». Mais alors même que confier au président de la République le soin d'assurer l'indépendance de l'autorité judiciaire pourrait être analysé comme une immixtion du pouvoir exécutif dans l'exercice du pouvoir judiciaire « les relations du président de la République avec la Justice *n'ont jamais, à notre connaissance, été étudiées sous l'angle de la séparation des pouvoirs* ». Souligne Waline.

⁶⁷⁹ En France, l'indépendance de l'autorité judiciaire est prévue à l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il faut noter que cette formule est jugée vague et générale et une suppression avait été suggérée devant le Comité consultatif constitutionnel dès l'été 1958, elle correspond cependant à l'une des préoccupations les plus chères des « pères fondateurs » de la Ve République, en particulier du ministre de la Justice, garde des sceaux, M. Michel Debré, celle de revitaliser l'institution judiciaire, quelque peu mal-menée par les élections professionnelles organisées depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946.

⁶⁸⁰ « De l'unité de la justice dans un pays à dualité de juridiction », in « La justice », Université d'Aix-Marseille, Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, PUF, 1961, p. 261.

⁶⁸¹ MARCEL WALINE, souligne dès sa nomination au Conseil supérieur de la magistrature que « l'indépendance du magistrat est sa première qualité ».

⁶⁸² Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature », précise l'article 28 de la Constitution de l'Union des Comores et l'article 64 de la Constitution française.

Aux Comores, nul ne peut ignorer le non respect du principe d'indépendance de l'autorité judiciaire par le pouvoir politique. Lors du régime du colonel Azali Assoumani⁶⁸³, l'ancien Président de la Cour d'appel de Moroni cumulait les fonctions de président de ladite Cour avec celles de conseiller juridique du chef de l'Etat et de conseiller juridique de plusieurs sociétés privées et d'Etat. Il était craint au palais de justice des Comores voir respecté par les magistrats car il influençait les nominations des magistrats dont certains devraient être inamovibles. Pendant cette période rien n'a avait été signalé. Il a fallu attendre un décret en date du 11 novembre 2011 du Président nouvellement élu nommant cette même personne conseiller juridique de son gouvernement pour faire réagir l'opinion. Pourtant la loi organique portant statut des magistrats dispose que « *l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes activités politiques, de toutes fonctions publiques ou de toute autre fonction professionnelle ou salariée* ».

Cette loi dispose explicitement aussi, que les magistrats peuvent bénéficier des dérogations individuelles de la part de l'autorité de nomination, pour enseigner ou pour « exercer des fonctions ou des activités qui ne sont pas de nature à porter atteinte à leur dignité ou à leur indépendance ».

La question qu'on devrait se poser est celle de savoir si être conseiller juridique du chef de l'Etat ne porte atteinte à l'indépendance du magistrat, qui est désormais sous les ordres du Président de la République. Le conseiller juridique du chef de l'Etat est notamment chargé de la mission de conseil sur les aspects légaux des questions politiques, des problèmes légaux soulevés par la décision dudit Président de signer, des questions de nomination notamment au sein de l'institution judiciaire.

Une telle nomination est une aberration et est une violation flagrante du principe de séparation des pouvoirs et notamment du pouvoir politique vis-à-vis de l'autorité judiciaire qui, elle, est indépendante. L'indépendance de la justice et notamment celle des magistrats est l'un des principes fondamentaux qui caractérise un Etat de droit.

Les magistrats, bien que només par le pouvoir politique, n'ont pas de compte à rendre aux élus, ou aux citoyens et il est très difficile de les destituer. Leur indépendance leur permet de juger de manière impartiale les actes qui auraient été commis par l'Etat ou un gouvernement. L'indépendance de leur pouvoir, vient aussi du fait que les juges rendent

⁶⁸³ Président de la République des Comores de 1998-2006.

obligatoirement leur décision sur la base des textes de loi « Les juges étant la bouche de la loi ⁶⁸⁴ ».

Le principe d'égalité devant la justice se décline en trois impératifs : mêmes juges, mêmes règles procédurales, mêmes règles substantielles⁶⁸⁵ ; mais ces impératifs ne valent qu'à situations semblables. Pour que le politique justifie d'une justice spécifique soit quant aux juges soit quant aux règles de fond ou de forme il faut admettre qu'il relève d'une ou de situations différentes.

Or, il est une règle claire : l'état, la qualité des personnes n'est pas un critère pertinent de la situation différente ; c'est même contre ce critère que, depuis la Révolution française, se développe le principe d'égalité. La qualité en elle-même de parlementaire ou de ministre ne saurait donc justifier une quelconque spécificité. Aux Comores, en 2006, plusieurs ministres accusés de détournement de deniers publics et d'autres agents de la fonction publique avaient fait l'objet d'arrestations, ayant reconnus les faits. Seuls les agents de la fonction publique ont écopé de lourdes peines d'emprisonnement et d'amendes mais les ministres n'ont pas été inquiétés par la justice. Il est ainsi nécessaire de rechercher le ou les critères pertinents derrière la façade de la qualité, dans ce qui caractérise le politique.

Georges Balandier dégage dans son *Anthropologie politique*, quatre procédures ayant pu servir au repérage du domaine politique⁶⁸⁶, deux paraissent, en notre domaine, avoir valeur explicative : celles des fonctions, et celle des modalités de l'action.

Actions et fonctions : ce sont ces deux éléments qui, dans la Constitution, fondent le privilège de juridiction des membres du gouvernement. Ce sont ces deux éléments qui doivent ou devraient fonder toute spécificité de la justice du politique, non pas séparément mais cumulativement. La nécessité du cumul conduit à des déductions simples:

⁶⁸⁴ Montesquieu, « *De l'Esprit des lois* » 1748.

⁶⁸⁵ Voir G. GIUDICELLI-DELAGE, « Institutions juridictionnelles », 2^e édition, PUF, 1993, p. 150 et s.

⁶⁸⁶ La première procédure utilise les modes d'organisation sociale : l'activité politique se caractérise par le fait qu'elle se réfère à un territoire aux frontières précises ; la deuxième prend en considération les fonctions, qui sont vues comme assurant la coopération interne et la défense de la société contre les menaces extérieures ; la troisième fait appel aux modalités de l'action politique, toute action sociale devenant politique lorsqu'elle cherche à contrôler ou à influencer les décisions concernant les affaires publiques ; la quatrième s'attache aux caractéristiques formelles qui incitent, par des analyses structuralistes, à considérer le politique sous l'aspect de la prépondérance d'une structure sur toutes les autres.

- Il faut admettre que toute action en dehors des fonctions relève du droit commun : cette règle semble d'évidence, car ce serait autrement s'attacher à la qualité seule. Tout acte qui ne trouve pas sa source, directe ou indirecte, dans l'exercice des fonctions, que cet acte soit justiciable d'une juridiction civile, pénale, doit se voir appliquer les règles d'une justice égale pour tous. L'homme politique, quelque soit sa qualité, est un citoyen comme un autre lorsqu'il divorce, engage sa responsabilité civile ou pénale. Donc on relève ici, toute action étrangère aux fonctions. La seule relation temporelle est ainsi insuffisante. Que l'acte ait lieu pendant la durée des fonctions ne suffit pas à écarter le caractère d'extranéité. Cela devrait conduire à rejeter les prétentions de ceux qui, poursuivis pour des infractions sans lien avec leurs fonctions, arguent de leur qualité de ministre au moment des faits, pour échapper à leurs juges naturels. Cela devrait aussi conduire à rejeter tout mécanisme d'immunité parlementaire. Il arrive aussi dans toute fonction, comme dans toute profession, que certains abusent des pouvoirs qui sont les leurs, ou profitent des circonstances, pour commettre des illégalités. Certes, les actes ainsi accomplis le sont à l'occasion des fonctions, ils sont en rapport avec elles. Elles ne sont qu'un instrument facilitant la commission⁶⁸⁷. L'exercice de fonctions politiques ne devrait donc, en aucune manière, faire échapper les auteurs à leurs juges naturels « Tout détournement de fonction doit être puni ». « Juges naturels » renvoie à la compétence territoriale. Les dérogations à cette compétence, dites « privilèges de juridiction », qui concernaient les magistrats, les officiers de police judiciaire dont les maires, ont disparu, pour raison d'égalité, en janvier 1993. Ne subsiste plus que la règle générale du renvoi pour bonne administration de la justice⁶⁸⁸.
- Seuls les actes accomplis dans l'exercice des fonctions relèvent de règles spécifiques : l'article 21 de la Constitution des Comores pose le principe de l'immunité parlementaire. « *Aucun membre de l'Assemblée de l'Union ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* ». L'immunité vaut pour les opinions : elle protège donc le parlementaire de toute poursuite pour injure, diffamation, etc. Elle vaut, comme l'indique la disposition, aussi pour les votes, quelque en soient leur teneur et leurs conséquences. L'existence de cette immunité est traditionnellement justifiée par la

⁶⁸⁷ Qu'il s'agisse d'actes commis à des fins personnelles ou à des « fins collectives », comme celles d'un parti, par exemple.

⁶⁸⁸ Voir les articles 679 à 688 C. pr. Pén., abrogés par la loi du 4 janvier 1993.

liberté d'opinion⁶⁸⁹. Il serait nécessaire de mettre en place une charte de déontologie pour les parlementaires, et aussi limité leur liberté, pour faire en sorte que leur actes ne soient pas au-dessus de la loi⁶⁹⁰. La Constitution pose aussi le principe selon lequel, le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il est dans ce cas justiciable devant la haute Cour de la République. Il est ainsi, irresponsable pénalement et civilement. La pratique permet de dire que l'indépendance des juges vis-à-vis du politique est loin d'être respectée, il y a du chemin à parcourir⁶⁹¹.

2- Indépendance des magistrats : une oeuvre à réaliser

136. Le non-respect du principe d'indépendance des juges par le pouvoir politique conduit le juge à se passer des principes directeurs du procès, pour donner satisfaction à ceux qui le nomment. Il est à noter que dans les pays même dictatoriaux à l'image de la République soviétique qu'on vient de citer comme exemple, plusieurs principes directeurs du procès sont prévus par la Constitution mais ils restent non respectés.

Le but de la séparation des pouvoirs est d'empêcher qu'une seule personne ou un groupe restreint de personnes concentrent excessivement en leurs mains tous les pouvoirs de l'Etat, en ce sens Carré de Malberg déclare : « Trouver une combinaison qui, en multipliant les autorités publiques et en partageant entre elles les divers attributs de la souveraineté, ait *pour effet de limiter respectivement la puissance de chacune d'elles par la puissance des autorités voisines, de telle sorte qu'aucune ne puisse jamais parvenir à une puissance excessive* ⁶⁹² ».

La Constitution doit nécessairement garantir la liberté des Hommes en assurant selon Montesquieu « le droit de faire tout ce que les lois permettent ⁶⁹³ ». Il ajoute que pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir « il faut que par la nature des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ⁶⁹⁴ ».

⁶⁸⁹ Mais les abus de cette liberté sont normalement sanctionnables.

⁶⁹⁰ Selon Montesquieu, « La liberté c'est le droit de faire tout ce que les lois permettent ».

⁶⁹¹ En France, la Cour de justice de la république, pour les ministres est très critiquée. Mais Macron, dans son programme a prévu sa suppression.

⁶⁹² Carré de Malberg, 1922, p. 5.

⁶⁹³ Montesquieu, de l'esprit des lois, 1748.

⁶⁹⁴ Ibid, cit. p. supra.

Le principe de spécialisation des organes n'implique pas l'absence de relations entre les pouvoirs ou organes de l'Etat. Par exemple, dans la première Constitution française du 3 septembre 1791, le roi, organe principal du pouvoir exécutif, collaborait à la fonction législative par le droit de veto et de sanction⁶⁹⁵. Dans la Constitution française du 4 octobre 1958⁶⁹⁶, le Gouvernement collabore à la fonction législative par le droit d'initiative législative et le pouvoir d'adopter des mesures législatives par ordonnance⁶⁹⁷.

Dans un pays où l'institution judiciaire ne dispose pas d'un ordre administratif indépendant, comment le président de la Cour d'appel, qui préside aussi la chambre d'accusation, pourra-t-il garder son indépendance s'il lui arrive de juger une affaire impliquant l'exécutif ?

La lutte contre la corruption menée par le nouveau Président de la République nouvellement élu, semble mal menée avec la persistance d'une telle nomination. Le cumul de fonctions de Président de la Cour d'appel avec celle de conseiller juridique du Président de la République est une manœuvre d'une République bananière.

Pour résoudre ce problème de corruption des juges, il est nécessaire de mettre en place une règle de transparence de la vie publique et notamment de la vie des magistrats. L'ensemble des magistrats exerçant de fonctions juridictionnelles, doivent désormais remettre une déclaration d'intérêts. De même pour le Conseil supérieur de la magistrature. Ses membres doivent également remettre une déclaration de patrimoine. Les atouts de cette transparence, c'est de renforcer la confiance des citoyens en la justice comoriene et ses acteurs⁶⁹⁸. Il faut mettre en place également, un collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire. Ce collège sera chargé de rendre des avis sur toute question déontologique

⁶⁹⁵ Art. 2, section 3, chapitre 3, de la Constitution de 1791.

⁶⁹⁶ Première Constitution française de la cinquième République.

⁶⁹⁷ Voir n° 753.

⁶⁹⁸ Cf, en France, réforme sur la modernisation de la justice au 21^e siècle, partie indépendance de la justice. Ces mesures de transparence sont la continuité de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dont Jean-Jacques URVOAS était le rapporteur en tant que député et président de la commission des lois. Est mis en place également la création d'un statut pour les juges des libertés et de la détention : une véritable reconnaissance du rôle central de la fonction dans les juridictions, ce statut permet aux magistrats concernés de se spécialiser dans leur fonction et de bénéficier d'une formation obligatoire adéquate.

concernant un magistrat et d'examiner les déclarations d'intérêts des magistrats. Il permettra de répondre aux préoccupations déontologiques des magistrats.

L'article 6 de la CESDH énonce un nombre important de principes directeurs de valeur internationale. Cependant, la généralité du concept même de procès équitable a permis à la CEDH d'en étendre le domaine en développant une jurisprudence autour de principes non écrits. Cette construction prétorienne est aujourd'hui reprise par la Cour de cassation française qui applique les principes conventionnels relatifs aux droits européens de l'homme.

Dès sa consécration⁶⁹⁹, la Cour européenne déclarait que ce principe constituait un « aspect de la notion plus large de procès équitable ».

§2 Le respect vis-à-vis du pouvoir milanantsiste et religieux

137. La question de la loi et de la coutume en Union des Comores peut être illustrée par une décision rendue par la Cour d'appel de Moroni, le 25 septembre 1991⁷⁰⁰. En apparence, cette décision, qui porte sur un contentieux de dévolution successorale, est assez banale. Son intérêt provient de ce que le juge d'appel était confronté à deux allégations fondées, pour l'une, sur le droit coutumier⁷⁰¹ et, pour l'autre, sur le droit religieux⁷⁰². Les deux prétentions éminemment contradictoires et problématiques reposent sur des logiques dont les prémisses sont fort différentes. L'une dérive du droit musulman et bénéficie de ce fait, d'une autorité non négligeable en raison de son ancrage théologique et de sa forme écrite. L'autre, en revanche, est une œuvre populaire et répond à une fonction sociale précise et indéniable en Union des Comores. Devant ce conflit⁷⁰³ de normes, véritable phénomène de

⁶⁹⁹ CEDH 17 janvier 1970, Delcourt, série A, n° 11, Rec. P. 15 et 28. Le principe est plus ancien encore. Il a été visé par la Commission européenne des droits de l'homme dans un avis du 30 juin 1959, Szabowicz c/ Suède, requ 434/58, annuaire II, p. 515, cité par GUINCHARD S. BUISSON J. Procédure pénale, Litec, Paris, 1^{ère} éd., 2000, n° 385, p. 267. De même, le principe a été cité mais déclaré inapplicable dans l'arrêt CEDH 27 juin 1968 Neumeister, Série A, n° 8, Rec. P. 43, et 22.

⁷⁰⁰ Je remercie particulièrement mon frère Djaé Youssouf, magistrat à la Cour d'appel de Moroni qui a eu la gentillesse de me faire part de ladite décision pour cerner au mieux cette question de la loi et de la coutume aux Comores.

⁷⁰¹ Le droit coutumier représente la loi milanantsiste.

⁷⁰² Ici l'accent est porté sur la loi coranique.

⁷⁰³ Cette affaire s'inscrit dans le contexte d'une histoire familiale qui porte sur quatre générations. Elle concerne la transmission successorale de biens immobiliers, ici trois terrains vraisemblablement non bâtis, ayant été la propriété commune ou « magnahouli » de trois sœurs. Ces propriétés attestées par un acte probatoire datant de 1963, se sont transmises de génération en génération jusqu'au quatrième degré, moment à partir duquel Boinaheri Mzé a contesté la qualité de propriété « magnahouli ». Il a obtenu gain de cause devant le Cadi de Moroni qui, par une décision du 18 juillet 1990, a fait application de la règle successorale coranique. Se

L'hypothèse qui semble le mieux éclairer cette situation est déduite de cette constatation de J. Guiart : « les systèmes de parenté et les structures foncières constituent les institutions les plus dures à effacer de la conscience des hommes en dépit de la conquête et de *l'assimilation officielle depuis plusieurs générations*⁷⁰⁵ ». Nulle synthèse n'évoquera mieux le problème de l'existence et de la part de cette coutume privilégiant une dévolution de biens par les femmes, dans l'atmosphère musulmane de la Grande Comore, que cette remarque de M. Ali Mchangama, « le magnahouli va contre le droit de Dieu, mais la coutume est une loi ». Apprécier cette observation à sa valeur impose de faire la part de la supériorité de la loi des femmes au regard de la loi divine (A) et ensuite, aborder la question de l'énigme de l'existence de la loi des femmes face à la loi religieuse (B). Ici l'objet est de démontrer que le rôle du juge étatique comorien est mis à mal par l'existence de plusieurs lois internes qui se disent toutes supérieures.

fondant sur la décision cadiale, Boinaheri Mzé s'est engagé dans une procédure de vente des terrains. Mais les propriétaires magnahouli de ces biens (les héritières femelles à titre « magnahouli ») se sont opposées à cette vente et ont saisi, sauf Sania Mzé, la Cour d'appel de Moroni. Dans cette procédure, les deux requérantes demandresses (Fatima Mzé et Zaounaki Mzé, cousines germaines) ont été appuyées par Ibrahim M'barak', frère de Fatima. Celui-ci décédé en cours d'instance, a donc été reconnu, implicitement mais nécessairement par la Cour d'appel, comme disposant d'un intérêt pour agir pour la défense de la propriété « magnahouli ». Cette affaire met en évidence deux modes de dévolution successorale : coutumière et coranique.

⁷⁰⁴ La doctrine du pluralisme juridique défend l'idée que le droit ne se résume pas aux seules sources de droit étatiques. Cette conception cependant, dite doctrine du monisme juridique, reste largement majoritaire dans les enseignements des facultés de droit françaises. Carré de Malberg (1861-1935) est l'un de ses plus illustres représentants. Dans sa « Contribution à la théorie générale de l'Etat », 1920-1922, il estime qu'il n'existe pas de droit antérieur à l'Etat, car le droit ne naît que par la puissance de l'Etat, une fois que celui-ci est formé. Le droit est donc créé par l'Etat, qui détient la puissance normative. Cette conception est louable car elle a une vocation explicative aujourd'hui encore, en droit constitutionnel et en droit international. La logique du monisme juridique est d'origine politique. En associant à l'unité du pouvoir politique l'unité du pouvoir normatif, il en résulte nécessairement une consolidation du rôle de l'Etat. Mais cette conception, aussi louable et légitime soit-elle, ne peut rendre compte de situations comme celles décrites dans la présente affaire où le conflit normatif est le résultat d'une diversité culturelle. On ne saurait toutefois confondre rationalité et doctrine moniste du droit. Il est des Etats forts avancés sur le plan technologique et hautement rationnels, soumis au phénomène du pluralisme juridique : Australie, Canada, cela étant, si le pluralisme répond à une réalité sociologique, il n'est pas pour autant nécessairement politiquement acceptable. Sur le pluralisme, vu par la doctrine française : Actes du colloque, Revue de la Recherche juridique. Aix-en-provence. 1993 pp. 565-642.

⁷⁰⁵ J. Guiart, « Enquête d'ethnologie de la parenté », Ethnologie générale, pp. 212.

A- La supériorité de la loi de la femme au regard de la loi divine

138. Au Comores, « le dessin du paysage juridique apparaît discontinu⁷⁰⁶ », c'est dire qu'au piège de l'éthnocentrisme s'ajoute la chaussetrappe de la différence. Celle-ci s'exprime d'abord on le sait, par le caractère pluraliste du droit colonial⁷⁰⁷. Sur le seul terrain du statut personnel, le partage entre la loi des femmes et la loi de Dieu se réalise à l'intérieur du dessin de ce paysage complexe, dans les contenus que révèle le terme « magnahouli » par rapport à la qualification de « milk⁷⁰⁸ ». Celui-ci, selon le « fiqh », exprime l'idée d'une propriété individuelle⁷⁰⁹. G. Paul arrive à l'analyse du « magnahouli » comme propriété collective⁷¹⁰. Il reste que dans le texte d'une décision sur la qualification « milk » peut soit s'avérer adéquate, soit être ambiguë, évoquer l'appartenance ou exprimer l'acculturation.

En marquant cette différence entre milk et magnahouli, même de manière approximative, on évoque deux mondes. Face à la culture musulmane, à la notion de propriété et à la règle successorale qu'elle édicte, il faut poser l'hypothèse d'un autre système : celui d'une société « traditionnelle ». Car, c'est là seulement que l'on trouve, acquisition de l'anthropologie moderne, un enchevêtrement et une superposition complexes de droits collectifs ou individuels, se renforçant les uns les autres sur les biens de consommation comme sur les biens de production et, en particulier, sur la terre⁷¹¹. Seule cette idée, on le verra, permet d'éclairer quelque peu l'institution. Provisoirement, pour essayer de conserver quelque neutralité, sans ajouter aux équivoques, on se propose, pour tenter la description de biens « magnahouli », d'utiliser l'expression « relations d'appartenance » à propos des biens établis entre le système de parenté (le système de famille) et le système foncier. Ce point, une fois fixé, permet de différencier deux plans d'analyse. Certes, ces relations d'appartenance sont décisives au niveau de la transmission des biens : toutefois, il est clair qu'elles caractérisent les prérogatives touchant à l'utilisation des terres.

⁷⁰⁶ Cette formule de M. Alliot se vérifie aisément dans le milieu comorien. Cf : l'acculturation juridique, *Ethnologie générale* T1, p. 1187.

⁷⁰⁷ La plus récente analyse est de P LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique Francophone », PENANT, 1979.

⁷⁰⁸ Ce terme a été relevé par G. Paul dans le texte vernaculaire du jugement du Cadi de Mbadjini qu'il commente, R, Algérienne 1942, p. 73.

⁷⁰⁹ Dans la chari'a, le mot « milk » a le sens de propriété absolue. Chafik Chebrata, *Droit musulman*, Dalloz, 1970, p. 15 n° 27, p. 33, n° 56.

⁷¹⁰ PENANT, avril 1952.

⁷¹¹ P. Mercier, « Anthropologie sociale et culturelle », *Ethnologie générale*, p. 971.

1- La place de la femmes dans l'utilisation de la terre

139. C'est une observation de M. Mauss qui sert ici de guide, dans les sociétés traditionnelles, écrit-il, le droit foncier est avant tout un droit d'usage⁷¹². Un exemple patent de cette situation était naguère encore donné par les « droits de cultures » au Sénégal⁷¹³. Car c'est la conception occidentale qui « conduit à considérer le droit de propriété plus que la finalité qui en est faite ⁷¹⁴ ». La décision citée in fine ne reprend pas ici l'expression de G. Paul⁷¹⁵, qui oppose « *droit d'usufruit* » qui appartiennent aux femmes et « les droits *d'administration ou d'exploitation* » qui reviennent aux hommes. La qualité de femmes comme « usufruitières » est exprimée dans une décision du Tribunal Supérieur d'appel de Moroni en date du 7 février 1964⁷¹⁶. Analyse et terminologie, en l'espèce, se trouvent inspirées bien davantage par l'étude de G. Paul que par l'analyse directe des faits. Quoi qu'il en soit, il n'est pas admissible de plaquer sur les relations qui gouvernent ici les droits d'utilisation du sol la catégorie « usufruit » avec toute la pesanteur et les connotations dont elle est chargée depuis le droit romain.

D'ailleurs, le terme est absolument impropre a priori, dans la mesure où il exprime un démembrement de propriété intransmissible par décès, alors que dans la situation de magnahouli, on le verra, c'est par les femmes qui en sont bénéficiaires que le bien est transmis. Ce point est d'ailleurs en partie ressenti par G. Paul qui invente alors la catégorie « *d'usufruit perpétuel* ». Ce qui évidemment n'arrange rien ; ce qui a encore l'inconvénient d'induire la notion de propriété au sens occidental, ou coranique⁷¹⁷.

Or, comme la situation est celle d'une « communauté », selon le terme employé dans la décision du 28 mars 1974, celle-ci ne saurait être assimilée à une propriété indivise. Voilà qui

⁷¹² M. Mauss- Manuel d'Ethnographie, PAYOT, p. 179.

⁷¹³ Cour Suprême du Sénégal, 23 juillet 1966. Note J. CHABAS, PENANT, 1967, p. 97. Ces prérogatives ont été métamorphosées par la loi du 12 juin 1972 car la coutume y cède place au droit écrit.

⁷¹⁴ M. ALLIOT, « Le droit des successions dans les Etats africains francophones », Revue juridique et politique 1972, p. 849.

⁷¹⁵ PENANT 1952.

⁷¹⁶ PENANT 1965, p. 499.

⁷¹⁷ Ce point est crucial. Car ainsi, qu'on le montrera plus bas à propos de la transmission du bien, c'est l'acculturation par le droit islamique qui introduit en la matière la notion de partage.

explique cette proposition d'utiliser l'idée de relations d'appartenance, sachant au surplus par M. Alliot que dans une société traditionnelle, africaine notamment, il n'existe ni droit de propriété, ni quote-part définie⁷¹⁸. Sur ce point essentiel, ce type de confusion biaiserait l'observation et aboutirait à une fausse analyse de la réalité coutumière. Il est sûr que les femmes bénéficiaires du magnahouli détiennent par ces relations privilégiées qui leur sont reconnues sur ces biens, des prérogatives particulières. Il s'en dégage d'abord l'idée d'une sorte de contrôle sur l'usage des terres soumises à la coutume et sur les fruits qui y sont produits.

Ainsi, les femmes co-bénéficiaires sont-elles habiles à autoriser (à des conditions qui n'ont pu être connues) un tiers à cultiver un champ dépendant du bien magnahouli, ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 28 mars 1974. Cette situation est à distinguer de la jouissance qui peut être celle « des parents par la femme⁷¹⁹ » ou aux enfants mâles qui peuvent cultiver et profiter du fruit de ces biens⁷²⁰. A noter que l'insertion d'une notion de contrat, « le prêt » de la terre, peut être un effet d'acculturation de droit musulman. D'autre part, la décision de 1974 et celle de 1964 confirment toutes deux la distinction faite par G. Paul entre les droits des femmes « cobénéficiaires » et les prérogatives des hommes dits « administrateurs ». Toutefois, alors même qu'il utilise ce terme français, l'arrêt de 1974 précise entre parenthèses « itsoi-malaho » qui signifie littéralement « frères aînés ». Ce point est très important. G. Paul avait relevé de son côté que l'exploitation est assurée par tous les parents (faut-il préciser de la ligne maternelle) et la gestion par l'oncle maternel⁷²¹. Il précise ailleurs que ce sont les frères et oncles d'une femme mariée qui administrent la « propriété familiale », ce qui n'est pas dans le rôle du mari, sauf exception⁷²².

C. Robineau apporte, ici une nuance et une indication importante. Les femmes reçoivent des substances de la part de leur mari et aussi de leur frère aîné si elles ont des magnahouli⁷²³. Et un point très important et significatif semble acquis, d'après G. Paul, qui le rapporte en ces

⁷¹⁸ Revue juridique et politique, 1972, p. 854.

⁷¹⁹ Selon l'expression qui laisse de forts doutes quant à son exactitude, d'un témoin cité par G. Paul à son article de 1942, fut confirmé par une autre indication figurant à son enquête des 19, 22 mai 1962, p. 122.

⁷²⁰ Ibid.

⁷²¹ PENANT 1946.

⁷²² PENANT 1952.

⁷²³ C. Robineau « Approche sociologique des Comores » O. R. S. T. O. M. Paris, 1962, p. 122.

termes : « *En matière de magnahouli, l'oncle passe le fils*⁷²⁴ » ; voilà qui trace un dessin particulier dans le réseau des rôles familiaux. Un partage de fonctions et de prérogatives selon les sexes et les positions de parenté, qui est résolument différent de la norme de la loi de Dieu, et qui évoque les indices d'une autre ligne de partage, celle d'un droit coutumier matrilineaire où les femmes seraient privilégiées. Il importe de noter en outre, que les deux décisions confirment l'existence d'une fonction spécifique des hommes que G. Paul a qualifiés d'administrateurs. La coutume leur confère, eu égard à leurs positions, la représentation en justice des femmes bénéficiaires du bien coutumier. Il n'est cependant pas possible, pour les raisons indiquées plus haut, de suivre G. Paul quand il les qualifie de « propriétaires apparents », ce qui ne peut être qu'une image aussi dangereuse qu'inexacte. Ce sont leurs positions de parenté qui, selon nous, déterminent leurs fonctions ; à preuve la mention « itsoi-malaho » indiquée dans le texte de l'arrêt de 1974 et évoquée plus haut. Trace ici encore, d'un système de relation complexe qui ne devrait en aucun cas être analysée en termes de propriété. Il n'a pas été possible de vérifier si le trait signalé pour Anjouan⁷²⁵ où le magnahouli n'existe pas, d'une division des activités culturelles selon les rôles féminins et masculins, s'applique ou est affecté par cette coutume.

Enfin, les moyens de subsistance qu'une femme retire de sa position à l'égard d'une terre concernée par cette coutume comportent d'une certaine manière une sorte d'affectation collective car, le titulaire assume la charge de subvenir aux besoins de ses cadettes ; indice encore d'un système d'échanges et de relations réciproques, élément qui s'emboîte parfaitement dans la notion complexe évoquée plus haut, articulée sur et par le système de parenté totalement différent de la conception coranique de la propriété, comme va le vérifier l'examen de la question de la transmission de la terre.

2- La primauté de la femme dans la transmission de la terre

140. L'arrêt du tribunal supérieur d'appel de Moroni du 7 février 1964 déjà mentionné, est rendu à propos d'un conflit entre les héritiers coraniques d'une femme et des « femmes se réclamant entre elles, et par le truchement de leurs frères maternels, comme usufruitières du magnahouli ». Cette précision est due, semble-t-il à une interprétation absolument erronée. Elle s'oppose en effet aux éléments recueillis sur ce point, et aux indications qui se déduisent du système de parenté. Par contre, cet arrêt du 7 février 1964,

⁷²⁴ PENANT 1945 et PENANT 1952.

⁷²⁵ C. Robineau, op. cit. p. 122.

apporte sa caution à l'existence d'une autre coutume qu'il importe de distinguer de celle qu'on étudie.

Il existe aux Comores une tradition (dont témoigne l'interview de M'changama, le Greffier dans l'affaire de 1974) *qui impose au père de la famille d'assurer le logement de sa fille mariée*. Coutume très lourde qui n'est pas propre à la Grande Comore, et signalée d'ailleurs à Anjouan par C. Robineau⁷²⁶.

La finalité de cette coutume rejoint celle de la dot. Cependant, il n'y a ici aucun trait islamique, culture où c'est le mari qui éventuellement assume le paiement d'une dot, nullement obligatoire. Ici, la donation porte sur un immeuble. Et de même, s'il advient un partage, ce qui est le cas tranché par l'arrêt de 1964, les maisons à usage d'habitation sont attribuées aux filles mariées ou à marier. Or, ce type de donation peut, ou non, donner naissance à une situation de magnahouli. Signe de cet « instinct » reliant les libéralités et les successions, évoqué pour le droit français par le Doyen Carbonnier⁷²⁷ un phénomène d'internormativité fait que, à la Grande Comore, le bien magnahouli peut trouver sa source dans une donation. Le fait a été mis en lumière par G. Paul. Il est corroboré par l'arrêt du 24 mars 1974 cité, et par plusieurs témoignages recueillis sur place. G. Paul cite même un cas, sans doute exemplaire. Un marabout aurait constitué un bien en magnahouli au profit de sa mère. Phénomène de transculturation : un saint homme sacrifiant, contre la loi de Dieu, à la loi des femmes. Il apparaît en effet indiscutable, tant d'après les observations et témoignages recueillis, que par les éléments apportés par l'arrêt de 1974, que le bien magnahouli se transmet par décès aux femmes par les femmes. Cette donnée fondamentale, indispensable à la compréhension de l'institution, s'oppose absolument à l'indication citée plus haut de l'arrêt de 1964 où intervient « le truchement des frères maternels ». Celui-ci n'est et ne peut être que limité à la question de l'utilisation des terres ou de la représentation des femmes.

Ainsi, il est très explicitement indiqué dans l'arrêt de 1974 que l'appartenance de l'immeuble concerné est transmise à deux générations successives de femmes ; et ceci, fait remarquable, qui confirme le précédent, sans que l'on évoque le problème de la preuve éventuelle d'héritiers mâles. D'ailleurs, l'arrêt de 1964 entérine lui aussi, malgré la contradiction interne qu'il contient, cette dévolution « aux femmes », les frères n'étant que

⁷²⁶ Op. Cit. p. 122.

⁷²⁷ Tout notre droit des successions et des libéralités est l'organisation de cet instinct qui pousse la propriété à s'allonger le long de la famille, Flexible Droit, LGDJ, 1971, p. 202.

« gérants ». Voilà l'aspect le plus remarquable de l'étrange partage qui divise les terres aux Comores. Celles où seules règnent les femmes. Celles où la loi coranique ne leur accorde que la moitié de la part de leurs cohéritiers mâles. Voilà qui donne une toute autre portée au témoignage cité par G. Paul dans l'enquête réalisée en 1952. Le déposant avait indiqué qu'il est possible que le *magnahouli* ne soit pas un contrat mais un ordre de succession d'autrefois ; renseignement d'autant plus intéressant qu'il émane d'un musulman très cultivé. Et il a ajouté que « la dévolution dans *magnahouli* suit exactement la ligne des Mbâ ; si elle est brisée, si elle s'arrête, le *magnahouli* disparaît ».

G. Paul ajoutait dans son commentaire de cette enquête⁷²⁸ : « mbâ signifie ventre » dans la langue parlée aux Comores. De manière beaucoup plus précise, un témoignage recueilli personnellement éclaire sans contestation possible la question : le terme « mbâ » signifie « ligne maternelle ». Si les arrêts cités ont confirmé cette donnée, il n'en est pas de même pour la situation créée en l'absence de filles dans la ligne maternelle concernée. Pour G. Paul, le bien se transmet aux ascendantes et collatérales de cette ligne⁷²⁹. D'autre part, l'arrêt de 1974 consacre une espèce où une fille dans une ligne, un garçon dans l'autre, se trouvent cobénéficiaires du bien régi par la coutume. On doit avouer ici, à défaut d'autres indications, une perplexité certaine quant à l'analyse de cette hypothèse, si ce n'est l'hypothèse de l'acculturation islamique.

Sans que le lien de cette question paraisse a priori évident avec la transmission successorale, il convient ici de noter l'existence d'un trait caractéristique de l'institution signalé par G. Paul par le témoin qu'il a interrogé, confirmé par les miens. C'est *l'inaliénabilité du bien magnahouli*. Ce trait est tellement frappant que G. Paul en avait fait l'essentiel de sa définition de l'institution. Il voyait en effet dans cette coutume, un « mode particulier d'immobilisation foncière en faveur des descendantes féminines d'une souche commune ». Ce qu'il faut signaler, c'est que l'informateur, (membre d'ailleurs de la famille de l'ancien Sultan Said Ali) confirme à G. Paul que *magnahouli* est synonyme de terre

⁷²⁸ PENANT 1952.

⁷²⁹ Cet auteur précise même un ordre successoral : mère, fille, petite-fille, grand-mère maternelle, sœur, tante maternelle, cousines maternelles, alors que le témoin de l'enquête de 1951 donne la règle suivante : mère, fille (dans l'ordre des âges), grand-mère, sœur, tante, cousine. Il est vraisemblable qu'en raison du caractère collectif de la situation créée, un groupe de parents du sexe féminin, issu de la même ligne, se trouve à un moment donné, compte tenu des générations cobénéficiaires du *magnahouli* en se situant à différentes positions généalogiques. Mais il n'est pas possible d'admettre le modèle de dévolution que propose G. Paul. A priori, les terres de parenté, dans le système de parenté classificatoire en vigueur aux Comores, s'opposent à certaines des distinctions faites.

inaliénable⁷³⁰. Ce fait inquiète beaucoup cet auteur en raison du problème posé par l'éventualité d'une vente frauduleuse, souci qui révèle d'ailleurs l'approximation avec laquelle fonctionnait alors le système de l'immatriculation foncière, doté du pouvoir de purger ce vice.

Toutefois, le témoin précise certaines situations où l'aliénation devient possible. Il s'agit du paiement d'une dette pour éviter l'emprisonnement, de frais de pèlerinage à la Mecque, et de ceux du grand mariage. Ce dernier point, qui relève d'une autre coutume comorienne, a été contredit lors de la petite contre-enquête à laquelle je me suis livré. Les deux premières hypothèses révèlent sans aucun doute des faits d'acculturation islamique. Toutefois, le fait principal de l'inaliénabilité n'apparaît pas toujours aux juges de culture française. Ainsi, dans l'arrêt de 1964, on peut lire ceci : « la possession de ces femmes depuis cette époque (1907) jusqu'à la revendication (1960) et malgré les décès des intéressés, était restée paisible, publique, continue (nonobstant la présence des héritiers coraniques) il y a lieu de conclure à la réalité d'un véritable *magnahouli* ». Une conclusion exacte résulte ici d'un raisonnement erroné. Ce qui met une fois de plus en évidence les méfaits des catégories inadéquates.

C'est bien *l'inaliénabilité et la transmission spécifique* qui révèlent la situation. Quant à la possession, il n'est pas nécessaire de l'évoquer ici puisqu'elle n'existe pas en droit chaféite. La situation du *magnahouli* semble être typique des phénomènes d'internormativité. Il y a lieu de supposer que le droit musulman avec sa conception contractuelle a démembré le système, en permettant l'aliénation dans des cas spécifiques d'islamisation. Par contre, la force de la coutume, s'introduisant dans le contrat, a provoqué la coutume du *magnahouli* par contrat. L'existence de ces données : dévolution matrilineaire, exclusion des hommes, inaliénabilité, sont révélatrices d'un lien caché. Si une part est ici faite à la loi de femmes à l'encontre de la loi de Dieu, c'est qu'il doit se trouver un ailleurs où elle règne, où elle existe comme telle.

L'existence de la loi de la femme face à la loi religieuse ne fait que constituer une énigme dans la résolution des conflits fonciers.

⁷³⁰ PENANT 1952.

B- L'énigme de la primauté de la loi de la femme vis-à-vis de la loi divine

141. S'il s'est avéré que la situation des biens magnahouli a une part dans le dispositif de régulation en vigueur aux Comores, les contradictions étonnantes qui s'en déduisent imposent de s'interroger sur son existence. Pour être révélatrice, cette question ne peut, semble-t-il, se limiter au système juridique. Tant pour le passé que pour le futur, c'est dans le système social que se trouve la réponse. Il reste entendu qu'il n'est point possible de séparer véritablement ces niveaux, l'accent sera mis tantôt sur un point de vue, tantôt sur l'autre, sans pouvoir ni devoir le cas échéant, trancher dans leur connexité. Dans cette partie, nous allons essayer de mettre en lumière deux aspects diamétralement opposés mais complémentaires, la place des femmes dans la société et le système juridique (1) et la loi des femmes et la société Grand-comorienne (2)

1- La place de la femme dans la société et le système juridique

142. Dans l'orbite de la loi du colonisateur français, les Comores connaissent l'application d'un schéma bien connu : « le droit local » ou le « droit traditionnel » continuait à régir le « statut personnel », et son application relevait de la « justice indigène⁷³¹ ». Il s'agissait en particulier des domaines de la famille, du mariage, des successions. Tel avait été notamment l'objet du décret du 1^{er} juin 1939. Il faut considérer ce qu'il est devenu de l'existence de la coutume au regard du système juridique d'une part, du système judiciaire d'autre part.

Au regard du système juridique, les rôles se distribuent selon la loi du colonisateur et la loi du colonisé. Un fait apparaît remarquable qui oppose terme à terme les idéologies qui les sous-tendent et finalisent dans la même direction les techniques mises en œuvre. On reproche actuellement de tous côtés au législateur colonial français son idéologie assimilatrice⁷³².

Ainsi, on a pu l'opposer à la colonisation britannique dans les termes suivants : A somewhat different situation prevailed in the French colonial empire, for here much less regard was had for indigenous legal tradition and greater value placed upon the transfer to the colonies of French law as part of French culture within the context of the policy of

⁷³¹ A ce propos l'ouvrage fondamental est celui de M. SOLUS : « Traité de la condition des indigènes en droit privé », Paris, 1927.

⁷³² M. VERDIER, « Acculturation juridique dans le domaine parental et foncier en Afrique de l'Ouest francophone ». L'année sociologique, 1976, p. 414 et s. M. LANDRAUD, justice indigène et politique coloniale- l'exemple de la Côte d'Ivoire, PENANT 1978.

“assimilation”⁷³³. Pourtant, dans le respect du protocole jadis signé avec le Sultan Said Ali⁷³⁴, le décret du 14 juin 1939 a marqué le respect de la loi islamique (l’article 6 a fait spécialement référence au Minhadj at Talibin de Nawawi) et aux coutumes locales (art. 6 et 25⁷³⁵). Cette tolérance n’est d’ailleurs pas plus excusable que ne l’était le reproche d’assimilation, car provoquée, sans nul doute, par un « froid calcul » : « le bouleversement des coutumes civiles et commerciales aurait entraîné un tel bouleversement dans la société indigène, que sa colonisation n’en aurait plus été profitable : il était préférable d’opter pour le maintien de l’ordre établi⁷³⁶ ». Peut-être doit-on faire remarquer qu’à la vérité et dans le désintérêt profond que lui inspirait ces îles ; il est difficile de reprocher au législateur colonial ces desseins aussi noirs que contradictoires, puisque à la vérité, il ignorait l’existence de cette coutume. L’eût-il connue qu’il eût certainement agi de même. Ce qui est vrai, c’est que, à côté de cette tolérance, la colonisation met en place une économie de cultures nouvelles qui a besoin de terres. Et l’« on estime à la moitié ou aux trois quarts la surface des terres possédées par les Français⁷³⁷ ». Or, dans cet espèce, il devrait exister proportionnellement autant de terres régies par la coutume (donc en principe inaliénables), que parmi celles restant aux mains des Comoriens. Si, selon G. Paul, aucun contentieux ne s’est élevé sur ce point, deux hypothèses sont plausibles. La première, de fait, c’est que les rapports de domination font obstacle à une procédure ; la seconde, en droit, découle de l’application aux Comores du régime de l’immatriculation⁷³⁸. Or, la procédure aurait métamorphosé la condition de l’immeuble, dans la mesure où « le titre délivré forme le point de départ unique de tous les droits réels sur l’immeuble ». Le système d’appartenance inaliénable aurait été « converti, au

⁷³³ Dr BRUN-OTTOG BRYDE, Institute of International Affairs, Hamburg. The reception of European law and autonomous legal development in Africa, in: Law and State, vol1. 18- Institute for scientific cooperation. Tübingen, 1978, p. 23. « Contrairement aux Anglais la France a placé une plus grande importance sur le transfert de leur système dans les pays colonisés ».

⁷³⁴ Selon l’article 2 de ce texte le Gouvernement français s’engage à respecter à la Grande Comore la religion musulmane, les ma Urs et coutumes traditionnelles des comoriens, V. à ce sujet Th. Flobert « Les Comores, Evolution juridique et socio-politique », préface de M. Ch. Debbasch. Cersoi- Travaux et mémoires de la Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-Marseille, n° 24, p. 489.

⁷³⁵ Pour ne pas s’étonner de l’intervention, à l’époque, d’un décret en pareille matière, il faut se souvenir que le senatus consulte du 3 mai 1864 avait prévu que les colonies (autres que les Antilles et la Réunion) seraient régies par décret de l’empereur jusqu’à ce qu’il ait été statué à leur égard par un Senatus consulte ; lequel n’est jamais intervenu. A. GIRAULT T « Principes de colonisation et de législation coloniale, T 1. Sirey, 3° édition, p. 379.

⁷³⁶ M. LANDRAUD, « Justice indigène et politique coloniale », op. Cit. p. 247.

⁷³⁷ G. Paul, op. Cit. p. 19.

⁷³⁸ On rappelle qu’il s’agit d’une législation foncière perfectionnée, inspirée de l’Act. Torrens, qui a pour fonction d’assurer de façon irréfutable le statut de la propriété. A. GIRAULT T, op. cit. T II, p. 415 et s. P. LAMPUE, Droit d’Outre-mer et de la Coopération, Dalloz, 4° éd., p. 136, n° 158.

mieux, en propriété *indivise et soumis à l'article 815 du Code Civil* français ». Et le dol sur les droits coutumiers ne donneraient lieu qu'à une action personnelle. Dans ces conditions, l'existence de la coutume se trouve limitée aux biens appartenant aux personnes de statut local qui n'ont pas été immatriculés⁷³⁹. La loi du colonisé, le droit local, c'est alors essentiellement le droit musulman. On a vu à quel point sa conception de la propriété islamique est différente de l'institution coutumière. Il convient ici de poser le problème de la force obligatoire des règles de l'Islam ; loi céleste ou loi terrestre ?

Pour les uns, la loi de Dieu ne relève que du ciel. C'est un idéal, une déontologie⁷⁴⁰.

Pour d'autres, C. Chehata⁷⁴¹, A. Colomer⁷⁴², le droit musulman n'échappe pas à cette « réalisabilité formelle » dont parle Ihering. Il est tout aussi positif qu'un autre. Il n'est point utile de tenter de s'élever au niveau global de cette controverse. Il suffit de remarquer, à propos de cette coutume des biens magnahouli que « leur dévolution est absolument contraire à la règle successorale musulmane ». Or, celle-ci est l'une des rares dispositions concernant la vie civile contenue dans le Coran. Sans entrer dans le détail, il suffit de relever ici la règle de dévolution de la sourate 4, verset 11, selon lequel : « au garçon une part comme celle de deux filles⁷⁴³ ». Ici, comme le remarque A. A. Fyzee, la morale et la religion sont inextricablement liées aux prescriptions de la loi⁷⁴⁴. Ainsi, le droit positif devient musulman dans la mesure où il exprime par un texte sacré. Ceci n'exclut pas l'obligatoire terrestre. Il le renforce⁷⁴⁵.

⁷³⁹ A noter que selon le décret colonial du 9 juin 1931, l'immatriculation était facultative et qu'elle n'a été rendue obligatoire que par une décision de l'assemblée territoriale du 10 décembre 1960, sur laquelle on reviendra.

⁷⁴⁰ R. DAVID, « les droits des pays de l'Océan indien », p. 112. Cet auteur confirme que le droit musulman n'est souvent qu'un idéal. L. J. CONSTANTINESCO, « Traité de droit comparé », p. 160. Dans le même sens, GH BOUSQUET : « Le droit musulman n'existe pas ».

⁷⁴¹ Chafik CHEHATA, « Etudes de droit musulman », préface de M. ALLIOT, PUF 1971, p. 11.

⁷⁴² A propos de lien entre le droit et la religion dans les systèmes juridiques orientaux : le droit musulman existe-t-il ? Etudes de droit contemporain (nouvelle série), (contributions françaises) au VII^{ème} Congrès international de Droit comparé, 1966, p. 66.

⁷⁴³ Le Coran, traduction intégrale et notes de Muhammad HAMIDULLAH, préface de L. MASSIGNON, le Club français du livre 1959, p. 73.

⁷⁴⁴ A. A. FYZEE, « Droit et religion en Islam », conférence sur l'Islam, CNRS, 1957, p. 107.

⁷⁴⁵ Faut-il ajouter au surplus les références et faits et les attributions déduits de la loi coranique dans la décision de justice : l'arrêt du tribunal Supérieur d'appel de Moroni du 7 février 1964, fait la part des biens dévolus par magnahouli et marque l'existence « d'un bien de la succession coranique, droit commun », PENANT, 1965, p. 500.

Le droit musulman n'était pas tout le « droit local ». Il faut savoir que par délibération du Conseil Général des Comores en date du 26 août 1947, approuvée par décret du 25 février 1948, a été imposé pour preuve des « magnahouli » un écrit enregistré. Comme seule cette preuve est admise depuis lors en justice⁷⁴⁶ et que les Comoriens reculaient devant le coût de la formalité, autant dire que, juridiquement, l'existence de nombre de magnahouli a dû prendre (théoriquement du moins) fin.

Par ailleurs, l'assemblée territoriale, par décision du 10 décembre 1960⁷⁴⁷ a prescrit, on l'a dit, l'immatriculation obligatoire des droits fonciers. Sur ce point, il n'est pas possible de démêler si cette disposition a résulté plus ou moins directement d'un « froid calcul » du colonisateur, du souci des serviteurs de Dieu, ou de l'idéologie de la sécurité des transactions de l'un et des autres. Il n'apparaît pas que d'autres dispositions aient été promulguées, notamment à l'exemple des pays d'Afrique, tendant à la rédaction de celle-ci⁷⁴⁸. Reste, au-delà de ces dispositions techniques attentatoires indirectement à la coutume, une donnée remarquable. Celle qui découle de la délibération de la Chambre des députés des Comores prise le 3 juin 1964, qui indique que « les câdis peuvent invoquer aussi les coutumes locales propres à chaque île ». Il n'a pas été possible de contrôler les hypothèses que l'on peut faire sur ce point. Froid calcul à l'instar du législateur colonial, chaude tolérance au regard d'une coutume dont la pratique est à la fois un péché contre la loi de Dieu et un devoir imposé par la loi des femmes. Quoi qu'il en soit, cette disposition opère une discontinuité, une rupture dans le système juridique local, dans le dessin du paysage juridique, en créant une étrange et contradictoire hétérogénéité dans le statut local au regard du droit musulman. C'est dire que, même avec cette autorisation, la tâche du juge comorien n'était pas aisée.

⁷⁴⁶ Arrêt du tribunal Supérieur d'appel de Moroni du 7 février 1964, PENANT 1965, p. 499.

⁷⁴⁷ L'assemblée comorienne, selon la loi-cadre du 15 novembre 1956, avait compétence par une décision appelée règlement, en matière de statut civil coutumier, de constatation, rédaction, codification des coutumes et des biens immobiliers régis par la coutume. P. LAMPUE approuvait la décision du conseil constitutionnel du 2 juillet 1965, PENANT, 1966, p. 347, interprétant l'article 74 de la Constitution comme permettant de conférer aux autorités locales des compétences reconnues par l'article 34 à la loi, puisqu'il donne mission au législateur d'établir pour les territoires d'Outre-mer une organisation particulière (note sous C.E 27 février 1970). – La loi du 22 décembre 1961 avait donné compétence à l'assemblée territoriale en matière de procédure civile, propriété, droits réels, obligations..., organisation de tribunaux de droit islamique et des tribunaux de droit territorial compétents pour connaître des affaires non réservées à l'Etat.

⁷⁴⁸ Les coutumes qui occasionnent des dépenses somptuaires, elles, ont été interdites par délibération du 1^{er} septembre 1966.

Au regard du système judiciaire, le problème posé est aussi ardu qu'important. Il est d'abord déterminant au sujet de la valeur de la coutume, c'est-à-dire de nature, juridique ou non, il est tout aussi important au regard du système juridique lui-même car *l'application ne peut se faire qu'en vertu des principes* et le juge va se trouver en face d'une contradiction à ce niveau.

Sans pouvoir faire un historique de cette question, il semble que, un temps tout au moins, le juge comorien ait, conformément à la règle coranique, montré une hostilité certaine à l'existence de la coutume. Il n'est pas possible de récuser les données apportées par G. Paul. Ainsi, dans son article de 1952, cet auteur relève deux faits absolument significatifs⁷⁴⁹.

Une décision *de la juridiction d'appel* des Câdis, du 18 octobre 1928 où les juges se refusent d'écouter une affaire de magnahouli dans un prétoire musulman car elle n'a pas trait au fiqh mais à la coutume. Un jugement de câdi de Moroni du 3 avril 1947 décidait : « *qu'il n'y a pas à tenir compte de la coutume traditionnelle qui est contre la loi du Coran puisqu'elle évince l'enfant du droit de participer à l'héritage, pour ce qui est des biens « magnahouli »* ». Ainsi, la loi de Dieu l'avait sans conteste emporté sur la loi des femmes. Pourtant, il n'a pas été possible, on l'a vu, d'étouffer l'existence de la coutume. Signalée par plusieurs décisions à l'attention de G. Paul, elle a, avant même la décision de la Chambre des Députés du 3 juin 1964, conquis le droit de paraître dans les prétoires musulmans et d'être reconnue.

Il n'est pas commode d'expliquer cette situation. Elle apparaît totalement opposée à cette créée en Afrique francophone où l'évolution après l'indépendance se fait à l'encontre de l'existence de la coutume. La Cour suprême du Sénégal avait admis, au moins implicitement, le principe que la dévolution successorale d'un immeuble peut, bien qu'il s'agisse de la succession d'un musulman et de l'application d'une coutume islamisée, ne pas obéir strictement aux règles consacrées par le droit musulman⁷⁵⁰. Mais il convient de remarquer que si telle était la position du tribunal musulman de Dakar, en l'espèce jugée par la Cour suprême, le Câdi avait statué en faveur de la compétence de la coutume traditionnelle, excluant ainsi l'application de la loi coranique. Le problème ne se pose plus au Sénégal, car

⁷⁴⁹ Ce qui est d'autant plus intéressant, c'est que G. Paul invoque ces faits dans une argumentation bien différente, seulement pour étayer l'opinion qu'il ne s'agit pas d'un « waqf », question sur laquelle on reviendra.

⁷⁵⁰ Cour suprême du Sénégal, du 23 juillet 1966, PENANT 1967, p. 97, note J. CHABAS- P. LAMPUE, « Les apports de la coutume et de la loi dans droit des successions en Afrique francophone », *Révue juridique et politique, Indépendance et Coopération*, 1972, p. 835.

depuis la loi du 12 juin 1972 portant code de la famille sénégalaise, cette décision a perdu tout intérêt puisque les coutumes foncières ont été abrogées. Et le droit musulman ne fait autorité que seulement dans la mesure où il a été repris et codifié sur certains points par la loi écrite à l'intention de la population musulmane, de sorte que le juge ne peut plus se pencher directement que sur la loi étatique⁷⁵¹. C'est là un phénomène qui se comprend bien au Sénégal où la population n'est qu'en partie islamisée.

Il reste qu'aux Comores, la situation continue à mettre à l'épreuve la norme Kelsenienne et sa cohérence. *Non seulement comme on l'a vu du fait de la rupture de l'unité du système juridique, mais de l'indétermination qui persiste au niveau de l'existence de la coutume*. En effet, au Sénégal, pour les coutumes léboues, sérères, et toucouleurs par exemple⁷⁵², leur considération (notamment par l'arrêt ministériel du 28 février 1961) était juridiquement possible par *la technique de la pluralité de statuts personnels, s'agissant d'ethnies diverses, dont l'islamisation n'avait point fait disparaître le particularisme*. Il en est tout à fait autrement en Grande Comore où il existe aucune ethnie différenciée.

Comment distinguer entre le musulman comorien qui invoque la coutume et celui qui veut l'application de la loi coranique ? L'explication est donnée par R. David⁷⁵³ : la coutume n'est pas intégrée au « fiqh » et elle n'est jamais à proprement parler du droit musulman. Reste le problème posé par la reconnaissance judiciaire d'une coutume illégitime. La solution que l'on propose à cet énigme est la suivante. Le juge comorien, assuré d'agir conformément à une règle couverte par l'autorité de la Chambre des députés, est en présence d'une donnée laïque.

De même, la situation de magnahouli, contraire à la loi coranique, ne peut être que laïque. En conséquence, le juge coranique consacre alors un fait qui comme tel, ne relève pas de la loi de Dieu. En mettant la règle coranique sur le plan du sacré⁷⁵⁴ et la tradition coutumière sur le plan du fait, on ne rend pas encore compte de la complexité de la situation.

⁷⁵¹ P. LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », PENANT, 1979, p. 251.

⁷⁵² Arrêt de la Cour suprême du Sénégal en date du 23 juillet 1966, cité plus haut, Cour suprême du 22 septembre 1962, et 26 janvier 1963, PENANT 1965, p. 95.

⁷⁵³ Les Grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 5^e éd., p. 488, n° 436.

⁷⁵⁴ Interroger sur ce point, M. le Professeur HAMIDULLAH n'a pas hésité dans un interview de juillet 1979, à qualifier la pratique de la coutume comme un péché.

Il existe une contrainte pour le juge musulman dans le sens d'un partage entre le sacré et le droit. C'est la hiérarchie judiciaire, le contrôle exercé sur le tribunal du Grand Câdi par le tribunal supérieur d'appel qui lui, institutionnellement, n'était point dans la même situation au regard du droit musulman. La décision du 7 février 1964 en témoigne, et le Grand Câdi ne peut que tenir compte de la jurisprudence de la plus haute Cour d'alors. Ainsi, selon la remarque de M. Verdier, la justice coutumière est bien « maintenue en droit dans un état de subordination ⁷⁵⁵ » comme en Afrique, mais à cette différence près, elle est de telle qu'ici, c'est l'impact, fut-il atténué, du colonisateur qui défend l'existence de la coutume. Il n'est pas douteux que c'est l'influence du travail de G. Paul, sa position de magistrat et la structure judiciaire qui a influé de manière déterminante dans ce sens. Pour le tribunal supérieur d'appel, (la décision du 7 février 1964 le montre), *il ne s'agit point d'un fait, mais d'une coutume*. De surcroît, on ne peut dire qu'elle soit contraire aux principes généraux du droit, car la Constitution de 1946 et de 1958 concernaient la diversité des statuts ⁷⁵⁶.

Ainsi, sur les rivages de la Grande Comore, l'existence de la loi de Dieu met en échec la théorie pure de Kelsen ⁷⁵⁷. Il ne semble pas en effet qu'une construction édifiée sur une norme fondamentale puisse intégrer l'existence de valeurs aussi contradictoires dans le même ordre juridique. Reste aussi à mettre à vif la contradiction d'une décision de justice, qui consacre les conséquences d'un fait, véritablement structuré comme un système complexe, dont les conséquences sont posées et analysées comme s'il était une institution de droit.

Il est remarquable de noter que la donnée qui, dans l'espèce du 24 mars 1974, déclenche pour le juge l'obligatoire propre au juridique, se trouve dans la parole même du demandeur, c'est-à-dire son serment sur le Coran. Quoi qu'il en soit, la prise en compte comme fait de la coutume, son entrée dans le prétoire musulman, *l'intègre dans une* symbolique qui est du droit. Dans sa solution du litige, le juge musulman a dit « ce qui est à chacun » (selon l'expression chère à M. Villey) ; n'est-ce pas la fonction du droit : *suum cuique tribuere* ? Ainsi, paradoxe, la symbolique judiciaire a pu, au nom de Dieu, rendre son existence à la loi des femmes. Voilà que vérifie la thèse Pasukanis : « historiquement, le droit a commencé

⁷⁵⁵ L'acculturation juridique dans le domaine parental et foncier en Afrique de l'Ouest francophone. L'année sociologique, op. Cit. p. 410.

⁷⁵⁶ Cass. 1^{er}, 17 novembre 1964, PENANT, 1961, p. 251.

⁷⁵⁷ Kelsen, « Théorie pure du droit », Dalloz, 1962.

avec le litige, *c'est-à-dire avec l'action judiciaire*⁷⁵⁸». C'est pourquoi Ali M'Changama a pu dire, malgré l'opinion de René David, que « la coutume est une loi ».

2- La loi des femmes et l'organisation matrilineaire de la société Grand-Comorienne

143. « Le droit est un fait de civilisation, écrit J. Gaudemet, et comme tel, tout système juridique peut être tenu pour lié à une forme spécifique de société⁷⁵⁹ ». Voilà qui va guider la quête qui reste à faire vers le passé et vers le futur, quête organisée sur deux hypothèses de structure : celle du pluralisme juridique et celle du monisme juridique⁷⁶⁰.

Evoquer le pluralisme juridique, c'est retrouver d'abord à un niveau de généralité, l'immense problème de l'acculturation. C'est à elle qu'il faut se référer pour une critique plus assurée de deux éventualités évoquées par G. Paul à propos de la genèse de cette coutume. Elles ont ce trait commun, face à l'hypothèse qui sera défendue, de se référer toutes deux à la loi du colonisateur. C'est une idée recueillie par G. Paul que le *magnahouli* serait une institution secrétée par une réaction de défense de la société contre l'emprise et l'envahissement des terres par les colons français. Malgré le caractère sympathique de son anticolonialisme, il n'apparaît pas que cette conception puisse être bien étayée. Elle repose en réalité uniquement sur la caractéristique d'inaliénabilité des terres. Or, ici ou là, on sait que le colonisateur a fait bon marché de situations similaires.

On sait à quel point était fréquent, notamment en Afrique, l'appartenance du sol à la collectivité par un lien sacré⁷⁶¹. Ceci posé, il est peu plausible que le phénomène ait épargné les autres îles sans la même réaction, si celle-ci était liée à la société comorienne. Aussi et surtout, cette opinion laisse donner l'ombre d'autres caractéristiques que l'inaliénabilité. Comment supposer la création *ex abrupto*, ici ou là sur le sol d'un système aussi complexe privilégiant, dans leurs positions, de parenté classificatoire, les femmes à l'exclusion des

⁷⁵⁸ E. PASUKANIS, « La théorie générale du droit et le marxisme », Etude de Documentation Internationale, Paris, 1976, p. 83.

⁷⁵⁹ J. GAUDEMET, « Le transfert du Droit », L'année sociologique, 3^e série, 1976, p. 29.

⁷⁶⁰ J. CARBONNIER, « Flexible Droit », LGDJ, 1971, p. 12.

⁷⁶¹ M. LEVY BRUHL, « ethnologie juridique, ethnologie générale », op. cit. p. 1159. ABDOULAYE DIOP, « L'évolution de la propriété au Sénégal », Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération, 1970, p. 700.

hommes, avec tout l'ensemble de prérogatives et d'obligations que l'on a tenté de cerner ? Cette opinion doit donc être écartée⁷⁶².

C'est d'ailleurs pour l'essentiel, la même objection qui peut se formuler à l'encontre de la thèse, beaucoup plus répandue, de la nature islamique de l'institution.

Ici aussi, c'est l'inaliénabilité qui cristallise l'intérêt. La thèse que le *magnahouli* s'explique comme un avatar de la culture islamique, paraît autrement solide si l'on mesure à sa valeur l'influence arabe dans ces îles, comme a pu le faire Monsieur P. Ottino. La thèse islamique comporte deux versions. Pour les uns, c'était une concession de terres au profit des auxiliaires les plus utiles des anciens sultans. Et ceci sans condition d'inaliénabilité et de transmission, non pas aux héritiers coraniques en raison des difficultés dues à la polygamie, mais à la mère de l'institué et après elle, aux descendants féminins de celle-ci.

Exposée pour la première fois dans son article de 1942⁷⁶³, G. Paul y revient en 1946 en marquant d'abord la différence entre cette interprétation et celle qui va suivre⁷⁶⁴. Pour d'autres, la coutume serait la forme prise localement du « *waqf* ». Ils s'appuient sur la lettre d'un passage du *minhadj at talibin*⁷⁶⁵ justifiant dans certaines conditions des descendants, et expliquant l'inaliénabilité. C'est que le « *waqf* » n'est pas seulement une fondation religieuse. Il a pour fonction d'assurer la conservation des biens dans la famille⁷⁶⁶. Il est vrai, comme l'indique G. Paul, que le caractère prédéterminé de cette affectation est alors inexplicable, alors qu'il relève de la discrétion du donateur en droit musulman. Enfin, cet auteur ajoute une précision très importante⁷⁶⁷, c'est qu'en comorien, la fondation porte un nom local « *waqouf* » qui fait obstacle à toute confusion avec la catégorie de « *magnahouli* ».

⁷⁶² La remarque de l'économiste va dans le même sens : l'économie de traite qui caractérisait selon J.M. BOISSON, la situation coloniale des Comores jusqu'à 1975, ne pouvait point avoir d'effets très marqués sur les structures foncières, car celles-ci ne seront jamais tellement bouleversées par une économie de plantation. L'économie des Comores, *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, vol. II 1975, p. 323 et s.

⁷⁶³ *Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de législation et de jurisprudence*, 1942, p. 73 et s.

⁷⁶⁴ PENANT, 1946, p. 3. Pourtant dans l'enquête de 1952, (PENANT 1952) le témoin n'exclut pas l'éventualité selon laquelle le sultan aurait donné des terres pour « *magnah* », le mot « *magnah* » ou « *manya* » évoquant selon lui, la ligne maternelle.

⁷⁶⁵ De Nawawi, traduction de VAN DENBERG, qui constitue la source du droit commun comorien, on l'a vu, réservé par le décret de 1939.

⁷⁶⁶ C CHEHATA, « droit musulman », op. cit., p. 34, n° 57.

⁷⁶⁷ R. MANTRAN, « L'expansion musulmane », nouvelle édition. PUF. 1969, p. 286 et 287.

Aucune de ces deux thèses faisant du magnahouli la forme locale d'un élément de droit musulman n'explique en réalité la différenciation, dégagée en première partie, entre les prérogatives des femmes et celles des hommes dans l'utilisation des terres, ni le mode très particulier de leur dévolution dont il n'est pas possible de trouver une correspondance quelconque en droit islamique. Cependant, il reste que ces opinions marquent la prégnance d'une force contractuelle, celle de la culture islamique, avec laquelle il faut compter, mais qui ne peut d'elle-même produire une telle institution. Pour cette raison, G. Paul pense que le *régime des concessions s'est superposé à une véritable coutume* matriarcale préexistante⁷⁶⁸. Et il conclut son étude en 1952⁷⁶⁹ en analysant le magnahouli comme une véritable coutume locale sui generis.

C'est le moment de reconsidérer le problème à un autre niveau. Si le droit est un fait de civilisation, comme l'a défini Gaudemet⁷⁷⁰, si la coutume tire sa force de la pression sociale qui impose telle ou telle solution traditionnelle⁷⁷¹, si les opinions justifiant le magnahouli par une source de droit musulman sont écartées, s'impose l'hypothèse de pluralisme juridique, ou tout au moins, de dualisme. L'incompatibilité des caractéristiques du magnahouli avec les catégories du droit musulman, culture dominante, renvoie nécessairement à un autre foyer, à un autre générateur qui ne peut être que celui d'une autre culture, (d'une autre « civilisation »), selon le terme de Gaudemet⁷⁷². Toutefois, si la diversité dans la société comorienne peut éclairer la confrontation des deux « lois », il restera à justifier de l'éventuelle invariance du phénomène.

Sachant que « *l'histoire du peuplement de l'archipel des Comores et de Madagascar ne peut être séparée de celle de l'ensemble de l'Océan Indien* »⁷⁷³, qu'à travers le millénaire que M. Ottino retrace, on a déjà noté la part des arabes. Il faut noter aussi que des Malais musulmans (waqwaq), établirent des colonies dans l'Ouest de l'Océan Indien et aux Comores

⁷⁶⁸ PENANT, 1946.

⁷⁶⁹ PENANT, 1952, p. 109 et 119.

⁷⁷⁰ Op. Cit. p. 29.

⁷⁷¹ M. LEVY-BRUHL, « Sociologie du Droit », PUF, p. 53.

⁷⁷² « Le système juridique d'un pays peut, pour des raisons historiques, réunir des éléments provenant de sources diverses ». J. CARBONNIER, Flexible Droit, op. cit. p. 53.

⁷⁷³ P. Ottino, « Le moyen-âge de l'Océan Indien et le peuplement de Madagascar », Annuaire de l'Océan Indien, op. Cit. 1974, p. 197.

entre le Xe et le XIIIe siècle⁷⁷⁴. Par ailleurs, selon C. Robineau, des Makwa ont été amenés aux Comores par traite au XIX siècle⁷⁷⁵. Plus précisément, à la Grande Comore, les descendants d'esclaves sont « moruma⁷⁷⁶ ». Robineau rapproche ce mot de « mrima » qui figure dans l'*appellation d'une tribu swahili de la côte orientale d'Afrique*. Or le groupe des makwas, le plus nombreux du Nord du Mozambique, est caractérisé par un système de succession matrilineaire et de mariage uxorilocal⁷⁷⁷.

Cette dernière institution est vivace aux Comores et l'on avait dégagé des indices d'évolution matrilineaire en décrivant le magnahouli. Remarquant la survie de croyances et d'institutions de ces populations de l'Afrique, de l'Est face à un développement du courant de la culture islamique, Trimmingham note ceci : Pressure of human needs led to elements of past experience which had no direct relevance to Islam or where inharmonious with its world view having to be retained⁷⁷⁸. Si l'on considère maintenant le lieu d'origine des Malais islamisés, on apprend par J. Cuisinier que Sumatra comporte des régions où le droit coutumier local et les prescriptions juridiques du Livre sacré sont en flagrante opposition⁷⁷⁹. On remarque là-bas l'indivision du fonds, son inaliénabilité, la transmission par décès aux filles, le rôle important de l'oncle maternel, le mariage uxorilocal et polygamie.

Si simplistes que soient ces données, elles permettent d'approcher, autrement qu'une analyse classique, le problème de la nature de cette coutume, problème qui se posera inévitablement dans toute politique de « développement ». Or, il est connu que celui-ci se conçoit dans une perspective moniste ; c'est d'abord en mesurant la force de la coutume que l'on devra nuancer les décisions qui devront se prendre, car elle peut-être un élément de « résistance au développement ». Il faut essayer de rechercher pourquoi.

Dans les trois régions concernées, qu'on a en parlé plus haut, l'islam l'emporte sur les croyances traditionnelles. Dans ces trois régions, la coutume résiste à l'Islam. Aux Comores

⁷⁷⁴ Ibid. p. 211.

⁷⁷⁵ C. Robineau, « Société et économie d'Anjouan », p. 56.

⁷⁷⁶ Op. Cit. p. 56, note II.

⁷⁷⁷ A. J. DIAS, « Le Mozambique, ethnologie générale », I, op. Cit. p. 930.

⁷⁷⁸ J.S. TRIMINGHAM, *Islam in East Africa*, Oxford, Clarendon Press, p. 68.

⁷⁷⁹ Islam et Matriarcat à Minangkabau, « Cahiers de l'I.S.E.A », série v. 6, p. 47. G. Paul avait signalé ce fait alors relevé par G.M. BOUSQUET, l'islam Indonésien, revue des Etudes Islamiques, 1938, voir également J. CUISINIER, P.E. de JOSSELINE de JONG, *le Monde malais, Ethnologie Régionale*, I, op. Cit.

et à Minangkabou, l'inaliénabilité du fonds cède par exception, pour une raison identique : le pèlerinage à la Mecque⁷⁸⁰. Il semble que *ce point révèle l'instant où les relations d'appartenance traditionnelle se métamorphose en propriété*. En revanche, une opération inverse semble avoir été inventée par les Grands-Comoriens, peut être par réinterprétation⁷⁸¹ de la culture islamique devenue dominante. C'est constitution d'un magnahouli par contrat, phénomène qui mériterait d'être approfondi.

La force de la coutume se trouve sans doute dans sa part d'authenticité⁷⁸². C'est bien cela qui explique le refus de la réception du système du droit musulman. Cette force, cette énergétique, trouve sa source non seulement dans les fonctions de la coutume mais dans sa signification. Le magnahouli sert, on l'a vu, de support à un réseau d'inter-relations sociales et économiques, assure la conservation de la terre dans le lignage⁷⁸³ et une certaine sécurité des femmes⁷⁸⁴ vis-à-vis de la polygamie et de la répudiation (compte tenu du mariage uxori-local en liaison avec ce système).

On comprend alors que la notion d'inaliénabilité n'a, originellement, aucun sens dans cette structure⁷⁸⁵. *Dans ce type de culture où les relations s'établissent entre un groupe et la terre, l'aliénation de celle-ci n'était jadis pas concevable*. On doit réinterpréter par influence de la coutume originaire cette « immobilisation » réalisée par contrat. D'où l'éventualité de deux catégories coutumières. L'une de source traditionnelle, portant trace d'islamisation, l'autre, bâtie sur la notion de contrat donc, sur un support de droit musulman, mais assurant une finalité à peu près semblable à celle de la coutume originaire.

⁷⁸⁰ J. CUISINIER, op. Cit. p. 350. L'autre cas est ici le crédit nécessaire aux réparations de la maison familiale. De même qu'en Grande Comore, c'est la réunion des parents qui décide de l'aliénation exceptionnelle.

⁷⁸¹ Le mot est de M. ALLIOT, « L'acculturation juridique », Ethnologie générale, op. Cit. p. 1185.

⁷⁸² Il s'agit de ces niveaux où les rapports entre individus reposent sur des liens concrets, cf : Entretiens de C. LEVY STRAUSS avec J.-M. BENOIST, Le Monde 21, 2211/79. E. SHAEFFER oppose au concept d'authenticité celui d'aliénation. Aliénation- réception- authenticité- réflexions sur le droit du développement, PENANT, 1974, p. 311 à 329.

⁷⁸³ M. Alliot, « Le droit des successions dans les Etats Africains et Malgaches », Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération 1972, p. 846. – L'acculturation juridique, Ethnologie générale, p. 1224.

⁷⁸⁴ A Minangkabau, toute femme peut divorcer en mettant devant sa porte tout ce qui appartient à son époux. A. V. ARAGNAC- A propos des origines du droit, Nomos, cahiers d'Ethnologie et de sociologie juridique, 1974, n° 1.

⁷⁸⁵ E. LEROY exprime la même idée autrement, Revue Juridique et Politique, 1972, p. 446.

Quoi qu'il en soit, ce système fonctionne donc comme relations sociales, concrètes. Il est intéressant de marquer ici un éclairage de l'anthropologie sur la notion de légitimité. C'est que la légitimation est elle-même une force sociale. Elle pourrait peut-être s'expliquer de deux manières. D'une part, par l'idée d'authenticité. Elle découle de la signification, du sens que ces rapports ont pour les intéressés. Voilà pourquoi M.E. Shaeffer a pu écrire que « *le domaine typique de l'authenticité est le droit de la famille et du mariage* ⁷⁸⁶ ». D'autre part, l'analyse de ces rapports, classés selon l'analyse marxiste classique, avec le droit dans la « superstructure ⁷⁸⁷ » fait l'objet d'un approfondissement intéressant pour les juristes par M. Godelier ⁷⁸⁸. Ce chercheur soutient, en particulier, que d'une part les rapports de parenté fonctionnent comme rapports sociaux de production et que d'autre part, les forces productives contiennent à la fois une part matérielle et une part idée (les représentations, le symbolique...).

A ceci, le structuralisme apporte son éclairage qui n'est pas rien dans ce problème. Un système fonctionnel comme l'est la parenté, écrit C. Levi-Strauss, ne peut jamais s'interpréter intégralement par des hypothèses diffusionnistes. Il est lié à toute la structure de la société qui l'applique et par conséquent, tient sa nature des caractéristiques intrinsèques de cette société plutôt que des contacts culturels et des migrations ⁷⁸⁹. Quelle que soit la politique suivie, le gouvernement comorien devait prendre position à l'égard de la survie de la coutume. Depuis l'ère des indépendances, si avec E. Shaeffer, on considère les jeunes Etats d'Afrique, on constate que « certains jeunes Etats ont cru pouvoir supprimer le secteur coutumier, comme Créon pouvait interdire à Antigone de faire à son père des funérailles traditionnelles ». D'autres en revanche, ont ajouté au droit ex-français quelques touches de droit traditionnel, comme les grands peintres ajoutent quelques accents aux tableaux élaborés par leurs assistants pour « personnaliser la toile ⁷⁹⁰ ». Le modèle ne peut être transposable en Grande Comore, mais il est utile.

⁷⁸⁶ E.SHAEFFER, op. Cit. p. 328.

⁷⁸⁷ ENGELS, « L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat ». Editions sociales, 1971, p. 15, 16.

⁷⁸⁸ Op. cit. p. 170 et passim.

⁷⁸⁹ C. LEVI-STRAUSS, « Les structures élémentaires de la parenté », PUF, p. 144.

⁷⁹⁰ E. SHAEFFER, op. cit. PENANT 1974, p. 312.

Aux Comores, on le sait, le futur a commencé par un électro-choc : l'expression révolutionnaire d'Ali Soilihi⁷⁹¹, un schéma très précis de développement fut élaboré. Unités d'autogestion, fermes, pilotes, réforme agraire, distribution des terres. Dans la mise en œuvre d'une « expérience à la chinoise », coincée entre les parcelles individuelles et la nécessité d'exploitation de ressources naturelles primant le droit de propriété⁷⁹², la survie de la coutume était bien peu plausible.

Selon les indices que l'on peut tirer de la Constitution du 1^{er} octobre 1978, l'idéologie du nouvel Etat paraît assurément moins novatrice. L'inviolabilité de la propriété est inscrite au préambule de la Constitution et son article 3 annonce le respect des particularités propres de chaque île. Rien ne s'oppose à ce que, comme naguère, la justice rendue au nom de Dieu reconnaisse l'existence de la loi des femmes. Rien ne le garantit non plus. L'exemple de l'évolution récente en Afrique le prouve. Il en est ainsi d'abord au nom du respect du droit musulman. Pour ce motif, la Cour Suprême d'Algérie avait naguère écarté la coutume Kabyle (qui excluait, elle, les femmes de la dévolution⁷⁹³).

Le Code de la famille de 1972 au Sénégal a exclu la dévolution matrilineaire en usage Chez les Sérères⁷⁹⁴. Il s'agit là plus d'une idéologie de l'unité et de la cohérence du droit que de considération religieuse⁷⁹⁵, plus d'une idéologie moniste du droit que d'un véritable respect pour le caractère religieux du droit musulman. Ailleurs, c'est au nom de *l'égalité* des sexes que la Cour Suprême de Yaoundé a écarté la coutume duala, selon laquelle les femmes *n'héritaient pas*⁷⁹⁶. « Les règles du droit peuvent changer par un trait de plume du législateur, écrit René David⁷⁹⁷, *Il n'en subsiste pas moins d'autres éléments qui, eux, ne peuvent être arbitrairement modifiés car ils sont étroitement liés à notre civilisation et à nos*

⁷⁹¹ J.-C. MAESTRE, « L'expérience révolutionnaire d'Ali Soilihi aux Comores », 1976, 1978. Annuaire des Pays de l'Océan Indien, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, vol. IV. 1977, p. 25. 1981 Dans le préambule de la « loi fondamentale » du 23 avril 1977, la subordination du droit de propriété à l'intérêt général, est nettement affirmé- cf. L'annexe à l'article de J. -C.. MESTRE, op. cit. p. 35.

⁷⁹² Article 42 de la Constitution.

⁷⁹³ Arrêt du 21 juin 1967 ; cf Gamal M. BADOR, « La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1963 », Revue Internationale de Droit comparé, 1970, p. 53.

⁷⁹⁴ S. GUINCHARD, « Réflexions, critiques sur les grandes orientations du Code Sénégalais de la famille », PENANT, 1978, p. 334.

⁷⁹⁵ Quoique l'histoire récente connaisse un exemple de son éventuelle puissance.

⁷⁹⁶ Arrêt du 11 juin 1963, cité par YOTNDA NKOUEJIN, « Le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux Etats d'Afrique francophone », PENANT 1973, p. 10.

⁷⁹⁷ Les Grands systèmes de droit contemporains, op. cit. p. 21.

modes de pensée». Dans l'éventualité où l'impact de la coutume serait encore quantitativement important⁷⁹⁸ il semble que, si il imitait l'exemple cité, le législateur Grand-Comorien rencontrerait ces « résistances au changement » que l'on évoquait. L'inquiétude manifestée par G. Paul à propos de « *l'inaliénabilité* » pourrait être atténuée par un système de preuve mieux adéquat que « *l'enregistrement* » coûteux. En soi, loin de constituer toujours un inconvénient, cette caractéristique peut avoir de grands avantages. La propriété, agricole notamment, ne gagne rien à être transformée en marchandise. Et les réflexions les plus actuelles veulent prendre en compte « la logique extra-économique qui semble être à *l'origine de la problématique foncière* »⁷⁹⁹. S'il en est ainsi en Europe Occidentale, il n'est pas permis d'en mésestimer la portée dans un système de relations entre les femmes, les hommes et la terre, aussi complexe que celui de la coutume de biens magnahouli. Peut-être que, pour le législateur Grand-Comorien, le bon choix serait de ne pas opter trop vite entre la loi des femmes et la loi de Dieu.

Pour illustrer encore plus, la question du pluralisme juridique comorien, il faut revenir de manière détaillée sur la décision, rendue par la Cour d'appel de Moroni, le 25 septembre 1991.

Cette affaire s'inscrit dans le contexte d'une histoire familiale qui porte sur quatre générations. Elle concerne la transmission successorale de biens immobiliers, ici trois terrains vraisemblablement non bâtis, ayant été la propriété commune ou « magnahouli » de trois sœurs.

Ladite décision tient en échec le droit coutumier par la coutume du « magnahouli », propre en Grande-Comore⁸⁰⁰. Cette coutume s'inscrit dans une société matrilineaire, c'est-à-dire dans une société où *la parenté de l'individu se résume à la ligne maternelle ou utérine*. Selon la tradition, il n'est pas question de faire de l'homme un héritier doublement mieux

⁷⁹⁸ Il était un temps où « chaque famille avait eu des biens magnahouli », d'après un témoin, c'est « l'hypothèse la plus fréquente » a été réponse d'une personne questionnée.

⁷⁹⁹ J.-L. GUIGOU, Si RICARDO, MARX et PISANI avaient raison. Etudes Foncières, Centre de recherche d'urbanisme, n° 4, printemps 1979, p. 5.

⁸⁰⁰ A Anjouan, la coutume du « magnahouli » n'a pas cours. La femme peut recevoir de son époux une propriété immobilière dont elle devient propriétaire. Mais à sa mort, la propriété acquise reste soumise à la dévolution successorale coranique. Pour une présentation, Paul G., « Une coutume des Comores. Le magnahouli », Recueil Penant, n° 540, 1946, Doctrine, pp. 3-8 et J. Mas, « La loi des femmes et la loi de Dieu (à propos d'une coutume grand-comorienne) », Annuaire des Pays de l'Océan Indien, 1979, pp. 104-126.

doté que la femme⁸⁰¹. La logique qui inspire le « magnahouli » vise assurément à la lutte contre l'émiettement de la propriété familiale. Cette institution coutumière concerne la propriété immobilière bâtie ou non bâtie⁸⁰². Elle est donnée à une femme de son vivant pour elle et ses descendants, unies entre elles, en tant que collatérales, dans la ligne matrilineaire⁸⁰³. Sophie Blanchy pose que l'ordre de dévolution est le suivant : mère, fille, grand-mère, sœur, tante, cousine⁸⁰⁴.

Logiquement, la qualité de propriétaire « magnahouli » n'empêche pas que les femmes soient considérées comme héritières, selon la procédure du droit coranique, pour les autres biens, même s'il s'agit de propriétés immobilières. La propriété « magnahouli » naît par la volonté expresse de faire échapper une propriété au régime du droit coranique, ce qui peut être décidé par un homme. En l'absence de preuve écrite, la qualité de propriété « magnahouli » se déduit de témoignages et de présomption coutumière, quand les biens ont été, de longue date, transmis entre les successeurs féminins dans la ligne matrilineaire⁸⁰⁵. Une fois constitué, le « magnahouli » devient une propriété *inaliénable*, c'est-à-dire un bien hors commerce. C'est un cas d'exo-intransmissibilité matrilineaire, caractérisé par l'impossibilité d'aliéner un bien à une personne étrangère au groupe familial. La vocation du bien « magnahouli », est donc d'être un bien perpétuellement familial, ne pouvant être dissolu en fonction des vicissitudes du temps et des mésententes familiales. Le bien « magnahouli », n'enlève pas toutes prérogatives aux hommes, unis aux femmes propriétaires par le sang ou l'alliance, par exception toutefois⁸⁰⁶, qui disposent des facultés de jouissance et d'administration, c'est-à-dire des droits d'usage, d'usufruit voire d'habitation. Au pire,

⁸⁰¹ LEGUENNEC-COPPENS, « Le magnahouli grand-comorien : un système de transmission de biens peu orthodoxe en pays musulman », in M. GAST éd., *Héritier en pays musulman*, Paris, CNRS, 1987.

⁸⁰² D'après ZAKI BEN ABDOU, « le magnahouli » ne concerne que la propriété non bâtie : entretien du 29 novembre 1998, Moroni. Voir Paul Guy, « Cours de droit musulman », polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, réimpression de 1981, 14^e leçon, p. 222.

⁸⁰³ Dans cette décision, il n'apparaît pas que Soulé Assoumani (mâle de la troisième génération) ait eu des enfants, ce qui est fort peu vraisemblable. Mais, même s'il avait eu des filles, on peut douter que celles-ci aient pu bénéficier de la qualité d'héritières « magnahouli » dans la mesure où leur père était incapable de leur transmettre une telle propriété. Il faudrait alors supposer que cette propriété puisse se transmettre d'une grand-mère paternelle à sa petite-fille. La logique de la parenté matrilineaire l'en empêche. En revanche, elles pourraient être héritières « magnahouli » par leur propre mère.

⁸⁰⁴ S.. BLANCHY, « Famille et parenté dans l'archipel des Comores », *Journal des africanistes*, n° 62. 1992, pp. 753, spécialement p. 25.

⁸⁰⁵ P. GUY, « Cours de droit musulman » Op. Cit. p. 223.

⁸⁰⁶ P. GUY, « Compte-rendu d'une enquête du juge de paix à compétence étendue à Dzaoudzi », cité par J. MAS, op. cit. p. 107.

l'héritière « magnahouli » est réduite à la qualité de nue-propriétaire. Cette terminologie, étant donné son emprunt au droit romain, ne peut qu'imparfaitement rendre compte de la réalité sociologique du « magnahouli ». Son utilisation a donc une vocation purement schématique. On remarquera néanmoins qu'elle est utilisée par le juge d'appel. Enfin, le terme de l'immobilisation ne peut être décidé que par l'héritière⁸⁰⁷ ou les cohéritières et par une décision unanime. L'extinction de la souche féminine maternelle « magnahouli » clôt aussi naturellement la propriété « magnahouli » qui redevient soumise à la commercialisation.

On sait que le principe de l'égalité de partage successoral, tel que la Révolution et le Code civil l'ont adopté, a conduit au nivellement des fortunes et des biens. Ce n'est qu'en 1938 (par un décret-loi du 17 juin 1938, actuel article 827 du Code civil) que la France a *renoncé à l'égalité de partage successoral en nature pour retenir que l'égalité de partage successoral en valeur*.

En fin de compte, les contours de trois modèles de dévolution successorale se dessinent. La conception civiliste représente une société individualiste, libérale et sexuellement indifférenciée. Individualiste car l'un des héritiers peut contraindre, à lui seul, en refusant l'indivision, conformément à l'article 815 du Code civil, les cohéritiers à se séparer du patrimoine familial. Libéral car forcer l'un des cohéritiers à rester contre son gré dans l'indivision porterait atteinte à sa liberté. Sexuellement indifférenciée car il n'y a pas de distinction entre le sexe des héritiers⁸⁰⁸, ni du reste de prime à la primogéniture. A l'inverse, l'institution du « magnahouli » caractérise une société communautaire, patrimoniale, féminine et maternelle. Communautaire car la propriété « magnahouli » s'étend à l'ensemble des membres d'une famille et empêche l'un d'entre eux de forcer, par sa seule décision, la dispersion du bien immobilier. Patrimoniale, par le souci de préserver le bien familial et de l'enrichir le cas échéant au fil du temps. Féminine, et maternelle car la succession se transmet

⁸⁰⁷ La grand-mère maternelle des requérants (Moina Bahati) a été héritière exclusive « magnahouli » des terrains litigieux transmis à elle par sa mère et ses deux tantes. Elle aurait pu par sa seule volonté décider de mettre fin à la qualité de propriété « magnahouli » en transmettant les propriétés à l'une de ses quatre filles (toutes les sœurs sont héritières) et à son fils (qui ne peut pas être héritier « magnahouli »). Ce faisant, elle aurait fait échec à l'application de la règle coutumière et favorisé le retour de la règle coranique.

⁸⁰⁸ Le principe de l'indifférence des sexes en matière successorale est posé par l'article 745 du Code civil : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeules ou autres ascendants sans distinction de sexe ni primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages. Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation ».

aux femmes par la souche maternelle. Elle n'exclut pas pour autant les hommes qui conservent un droit d'usage ou autre sur la propriété.

Enfin, la dévolution successorale coranique est ségrégative et discriminatoire en fonction du sexe. Si les trois modèles de dévolution successorale s'opposent dans leurs logiques, c'est parce qu'ils tirent leurs origines de trois sociétés très différentes.

Une dernière question se pose : celle des rapports entre la loi et la coutume qu'exprime cette décision de 1991⁸⁰⁹. Le juge n'a pas justifié la raison pour laquelle la coutume primait sur la loi ; elle a été imposée par lui en tant qu'argument d'autorité et non pas comme un argument de raison et de droit. En droit français, la coutume est une source de droit subsidiaire et accessoire. Elle ne saurait s'imposer en cas de loi existante. La coutume *contra legem* est donc inexistante, sauf exceptions marginales qui ne remettent pas en cause la vigueur du principe⁸¹⁰. Il s'agit notamment du recours au don manuel pratiqué malgré l'interdiction de l'article 931 du Code civil ou de la solidarité présumée en matière commerciale malgré l'article 1202 du même Code. La primauté de la loi peut s'expliquer de différentes façons. La logique juridique veut que la loi ne puisse pas être abrogée par désuétude, c'est-à-dire par une inapplication prolongée de celle-ci dans le temps. Ce qu'a voulu le législateur dépasse l'acceptation quotidienne. A l'inverse, *l'élément de répétition* est un élément de définition de la coutume. Faute d'être appliquée, elle est censée sortir de l'ordre juridique.

Plus généralement, si la coutume contraire à la loi n'est pas reçue en droit français, c'est parce que l'idéal révolutionnaire l'a balayée⁸¹¹. A la fin du siècle des Lumières, elle apparaît à la fois comme une source de dislocation du pouvoir politique et une source d'injustices. Auparavant, la coutume locale est la première source de droit. En effet, les Xe et XIe siècles sont l'époque d'une féodalité triomphante, alliant lieux de pouvoirs locaux et lieux de production normative. La norme royale ne s'impose pas toujours et les cas de coutumes locales qui lui sont contraires sont fréquents. De cette époque jusqu'à la Révolution, tous les

⁸⁰⁹ Sur ce thème, voire notamment JACQUES Larrieu, « Place des usages et coutumes dans l'ordre juridique national », in coutumes et droit en Guyane, sous la direction de JEAN-PASCAL Martres et de JACQUES Larrieu. Paris, Economica, 1993, pp. 35-46.

⁸¹⁰ Il n'est pas question ici d'aborder la question de la coutume *praeter legem* (parallèle à la loi) ou la coutume *secundum legem* (rendue obligatoire par délégation de la loi). Pour un cas d'interprétation *praeter legem*, sinon *contra legem* : Conseil d'Etat français, 17 février 1950, Dame Lamotte, Recueil Lebon 110.

⁸¹¹ Pour une présentation synthétique de l'histoire du droit français : NORBERT Rouland : « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français » Droit et Cultures, 1998, pp. 217-262.

efforts de la royauté consistent à réduire ces lieux de pouvoirs en centralisant peu à peu, notamment, le pouvoir normatif suprême. *L'époque révolutionnaire est le point d'apogée du rejet de la coutume.* Parce que la loi est porteuse des progrès de l'humanité, façonnant le rêve d'un homme égal et libre, la coutume et la jurisprudence sont rejetées en tant que sources de droit. En plus de son injustice, la coutume est frappée *d'insécurité juridique* car elle est obscure et limitée territorialement. Elle est donc en tous points contraire à l'idéal révolutionnaire épris du rêve d'égalité et de justice et avide de l'idéal démocratique et universel de la loi.

Ces justifications, valables dans l'ordre juridique français, devraient l'emporter dans l'ordre juridique comorien et aboutir à faire primer la loi étatique sur la loi milénariste et notamment sur la coutume du « magnahouli ». L'ordre juridique comorien a été colonisé, ce qui veut dire que nombre des concepts et des techniques qui l'inspirent dérivent du droit français. Il ne fait pas de doute que le juge comorien préfère faire primer, en général, la loi même coranique sur la coutume⁸¹². Le cas d'espèce est donc exceptionnel ; le caractère limité du recours à la dévolution « magnahouli » par rapport à la dévolution coranique en témoigne et il répond aussi à un besoin vivace exprimé par la société grand-comorienne. Cette décision peut implicitement se réclamer des écrits de Savigny (1779-1861), professeur allemand de droit romain⁸¹³. D'après lui, la loi est une création spontanée d'un peuple et inhérente à celui-ci. La création de la coutume lui apparaît aussi spontanée que la langue ou les mœurs d'une nation. C'est pourquoi le droit a son origine, d'abord, dans la science collective d'un peuple (Volksrechts). Il est donc en premier lieu une œuvre populaire. Il devient l'œuvre des juristes dans un second temps seulement : *« Aussi loin que nous remontons dans l'histoire, nous voyons que le droit civil de chaque peuple a toujours son caractère déterminé et particulier comme les habitudes, les mœurs et la constitution politique. Le droit n'est donc point une règle absolue, comme la morale, qu'on puisse appliquer indifféremment dans n'importe quel pays : c'est une des forces du corps social, avec lequel il change et se développe, d'après des lois qui sont au dessus des caprices du jour. C'est par une action lente et un développement organique que se produit le droit... il se crée spontanément par la coutume, par la*

⁸¹² Il serait intéressant d'observer quelle place le droit comorien réserve à un conflit mettant trois sources de droit en concurrence : source coutumière, coranique et positive.

⁸¹³ Une présentation de l'œuvre de SAVIGNY est faite par LOUIS ASIER-Andrieu, « Le droit dans les sociétés humaines », Paris, Nathan, 1996, pp. 118-131.

jurisprudence, *par les actes particuliers de l'autorité, sous l'empire d'une raison plus haute que la raison humaine*⁸¹⁴».

Dans ses écrits, Savigny est par ailleurs très attaché à montrer que le droit comme le langage, les mœurs, l'organisation sociale n'ont pas d'existence séparée car ils sont unis dans la singularité d'un peuple. De cette conception, il en résulte que la source principale de droit est la coutume car elle incarne le mieux l'origine populaire du droit. Savigny va même plus loin jusqu'à considérer que le développement des lois est un symptôme de décadence. Il évoque l'arbitraire du législateur, par opposition à l'usage et à l'opinion d'un peuple : la loi exprime une règle abstraite et absolue alors que la coutume est l'une des forces du corps social qui change et se développe en permanence et exprime le mieux les besoins contemporains d'un peuple. Logiquement, Savigny oppose la coutume à la loi. La première prime sur la seconde, sauf si la loi savante donne une forme intelligible à la conscience populaire. Il s'agit là alors d'un signe d'évolution de la civilisation et non d'un renversement de l'autorité de la loi sur la coutume.

Le juge d'appel n'a pas fait mention des théories de Savigny dans sa décision⁸¹⁵. Il nous plaît à penser que, en l'espèce, s'il a fait application de l'institution du « magnahouli », c'est parce qu'il s'agit de la source de droit la plus propice à régler le litige conformément à la conscience collective du peuple grand-comorien.

Section 2 : Le principe d'impartialité du juge

144. Le Professeur Frison-Roche avance cette idée selon laquelle, l'organisation du procès autour d'un trio formé des parties et du juge semble être la formule la plus propice pour s'approcher de la solution juste⁸¹⁶. Dans ce système, le juge est un tiers impartial et désintéressé. Il est garant de la solution aussi bien de la procédure. C'est lui qui « doit

⁸¹⁴ De la vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence, 1814, cité par PHILIPPE Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p. 158.

⁸¹⁵ Il convient de noter l'attendu du principe « *Considérant qu'il est une coutume propre en Grande-Comore que le « magnahouli » est une immobilisation foncière en faveur exclusive des descendants et collatéraux femmes de ligne maternelle ; que les biens « magnahouli » au lieu d'être dévolus aux héritiers coraniques sont au contraire distraits de l'actif successoral pour bénéficier aux seules femmes, dans la ligne maternelle ; que les enfants mâles ne peuvent en disposer mais seulement en jouir et administrer ; que le « magnahouli » ne disparaît que par l'extinction d'une souche femelle maternelle, ou par la volonté commune des femmes qui seraient plus tard appelées à en disposer* ».

⁸¹⁶ FRISON-ROCHE, la procédure, in, *La justice, l'obligation impossible*, éditions Autrement, Paris, 1994, p. 193.

*conduire le procès et contraindre les parties de façon à ce que s'organise un débat loyal et transparent*⁸¹⁷». Cela ne veut pas dire qu'il peut lui-même amener les éléments du débat susceptibles d'influencer l'issue du procès. Les parties entrent en jeu dans un affrontement contradictoire nécessaire pour faire jaillir la version ou plutôt « la perception la plus exacte possible de la situation ». Les parties ont de ce fait, besoin du tiers impartial tant pour trancher que pour organiser le débat. Le débat contradictoire qui s'impose aux parties ou au juge se présente comme une solution pour se protéger tant de la mauvaise foi de l'adversaire que de l'arbitraire du juge⁸¹⁸. Le tiers : juge est tenu d'un devoir d'impartialité subjective et objective (§1) et le non-respect des principes directeurs du procès peut engager spontanément sa responsabilité (§2).

§1 L'impartialité subjective et objective du juge

145. L'impartialité on l'a dit « est la qualité de celui qui statue selon sa conscience en tenant la balance égale entre accusation *et défense, en n'avantageant aucune des deux au détriment de l'autre ou, s'agissant de la défense, en ne faisant pas une meilleure part à l'un des prévenus ou accusé au préjudice des autres*⁸¹⁹ ». Cette définition précise de l'impartialité ne fait pas directement la part de la valeur et du principe⁸²⁰.

La valeur constitue ici l'idéal à atteindre ; c'est-à-dire, la possibilité pour le juge, de faire abstraction de toutes considérations personnelles pour organiser le procès ou rendre son verdict. Le principe, en tant que norme, tente d'imposer cette qualité en organisant les conditions optimales pour que le juge puisse atteindre cet état. Le principe est à la fois contraignant en ce qu'il ordonne au juge d'être impartial et incitatif en ce qu'il met en œuvre les conditions de cette impartialité au besoin à l'aide d'autres principes comme celui d'indépendance, de séparation des fonctions, et de collégialité ; indirectement liés à la valeur⁸²¹. On retrouve ce mécanisme dans la relation qu'entretiennent valeur et principe de loyauté.

⁸¹⁷ Ibid, p. 202.

⁸¹⁸ MARTIN R. « La crise du contradictoire entre juge et avocat », Gaz Pal 1978, 2, doct, p. 419.

⁸¹⁹ PRADEL J. « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », RSC 1990, p. 692.

⁸²⁰ Pour une définition plus détaillée du principe, Cf. ROETS D. « impartialité et justice pénale », Cujas, Paris, 1997, p. 15.

⁸²¹ Pour toutes ces notions, voir ROETS D. Impartialité et justice pénale, op. cit.

L'impartialité objective du juge, illustre la volonté de l'Etat, de l'exécutif, de répondre à l'un des droits fondamentaux de tout citoyen d'être entendu ou jugé par un tribunal impartial et indépendant, dans la transparence, comme l'exige l'article 6 § 1 de la CEDH.

Il s'agit de vérifier que les autres fonctions d'un juge peuvent laisser craindre à une partialité ou du moins à une apparence de partialité du tribunal.

L'impartialité du juge c'est aussi par rapport au litige, à l'affaire ; par exemple, avoir connu du litige comme juge des référés, puis comme juge du fond. Or l'impartialité subjective, c'est par rapport aux parties ; c'est-à-dire ne pas avoir de lien avec l'une des parties.

La Convention européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de réaffirmer sa conception de l'impartialité objective, en énonçant qu'il ne s'agit pas uniquement pour le juge de constater qu'il a préalablement connu l'affaire mais plutôt de déterminer la nature de sa prise de décision antérieure. A-t-il préalablement rendu ou contribué à rendre une décision de justice impliquant qu'il ait déjà, en amont, porté une appréciation juridique sur la solution au fond que devait selon lui recevoir le litige eu égard aux faits de cause⁸²².

Le principe d'impartialité dite subjective tient à des critères tirés de la personne même du juge, qui intéressent soit les relations privilégiées qu'il entretient avec l'une des parties, soit son comportement personnel à l'encontre de l'une des parties. Le juge peut d'abord, entretenir avec l'une des parties des liens tels que sa neutralité peut légitimement être suspectée. D'une manière générale, chaque fois qu'une partie est en mesure de prouver que l'exercice de la fonction juridictionnelle risque d'être altéré par un lien particulier entre le juge et l'adversaire, l'impartialité peut être remise en cause. Dès l'instant où des éléments ou des comportements laissent croire que le juge ne peut pas fonder légitimement et exclusivement sa décision sur des appréciations neutres des faits et sur l'application objective du droit, son impartialité est automatiquement remise en question.

Le principe d'impartialité objective autrement dit, principe d'impartialité fonctionnelle signifie que le juge doit être exempt de tout préjugé en raison de sa connaissance préalable de

⁸²² Affaire Morcel c/ France du 6 juin 2000.

l'affaire. Il s'agit d'une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offre des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime⁸²³.

Lorsque le juge a déjà eu connaissance de l'affaire avant de statuer au fond, parce qu'il a été par exemple juge de la mise en état ou juge des référés puis juge du fond, juge du premier degré puis conseiller à la cour d'appel. L'impartialité suppose une séparation nette des fonctions de saisine du juge de celles de jugement de l'affaire⁸²⁴.

Le principe d'impartialité peut être source de nombreux principes⁸²⁵. Parmi ceux-là on trouve notamment celui de la collégialité (A), de la récusation (B) et de la prise à partie (C)

A- Principe d'impartialité et collégialité

146. Même s'il subit, à l'heure actuelle, de si nombreuses atteintes que sa qualité de principe de droit positif est devenue douteuse⁸²⁶, l'idée persistante dans l'esprit des juristes et des justiciables consiste à penser que la qualité de la justice et l'impartialité du tribunal dépendent du nombre de juges qui siègent⁸²⁷. Cette affirmation est corroborée par la constatation suivante : plus l'affaire est importante (selon le critère pécuniaire ou de la gravité des faits) ou encore, plus la place de la juridiction dans la hiérarchie est haute plus les juges sont nombreux à statuer. Le nombre est gage d'impartialité et de compétence. Il sied aux affaires importantes ou jugées en dernier ressort. L'existence d'influences internes ou externes chez les magistrats est une réalité difficile à nier. La pluralité des juges, à condition qu'elle soit effective, permet d'atténuer l'effet de ces influences et favorise la rencontre des subjectivités de telle sorte que le résultat a plus de chances d'être équilibré.

La collégialité est, d'un point de vue théorique, facteur d'impartialité. La règle peut être intégrée au sein de la notion de tribunal indépendant et impartial.

⁸²³ Dans l'affaire CUBBER du 26 octobre 1984, la CEDH condamne le fait qu'un magistrat membre d'une chambre d'instruction puisse être membre d'une juridiction de jugement. Cf, Mancel et Branquart c/ France du 24 juin 2010.

⁸²⁴ COMMARET D. – N, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », D., 1998.

⁸²⁵ Certains préfèrent parler de neutralité du juge, ATIAS C. La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique, Dalloz 1997, chron, p. 44.

⁸²⁶ CARBONNIER J. flexible droit, LGDJ, Paris, 9^e éd. 1998, p. 382.

⁸²⁷ NERAC PH. « Les garanties d'impartialité du juge répressif, JCP 1978, I, 2890.

B- Principe d'impartialité et récusation

147. La récusation consiste à écarter principalement de la procédure, un juge en présence de circonstances de nature à mettre en doute son impartialité. Le renvoi pour cause de suspicion légitime permet, quant à lui, de faire remplacer la juridiction elle-même, lorsque c'est cette juridiction dans son ensemble qui présente un risque de partialité. Ainsi, la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime est soumise « aux mêmes conditions de recevabilité et de forme que la demande de récusation⁸²⁸ ». Le renvoi pour cause de suspicion légitime constitue un principe général de procédure⁸²⁹. Il est admis que le renvoi est applicable devant les juridictions disciplinaires⁸³⁰.

Cependant, le renvoi n'est pas applicable devant la Cour de cassation⁸³¹. C'est-à-dire que toute requête dirigée contre l'une des chambres de la Cour de cassation est irrecevable. La procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime a pour objet le dessaisissement des juges au profit d'une formation ou d'une juridiction de même nature, ce qui implique la formulation d'un grief particulier à l'encore d'une juridiction déterminée⁸³².

Une fois informé de la demande de renvoi, le greffier en adresse communication au président de la juridiction concernée. C'est à lui, et à lui seul, en tant qu'il incarne l'ensemble de la juridiction, qu'il revient d'acquiescer à cette demande ou de s'y opposer. A ce stade de la procédure, le président est dans une situation comparable à celle d'un juge contre lequel serait formée une demande de récusation. L'article 359 du Code de procédure civile dispose qu'il n'est pas nécessaire d'appeler les parties, mais, comme en matière de récusation, la jurisprudence de la Cour de cassation est plus respectueuse du principe contradictoire,

⁸²⁸ Art. 356 C. Pr. Civ.

⁸²⁹ CE, 3 mai 1957 : Rec. CE, p. 279.

⁸³⁰ Douai, 15 juin 1957 : D. 1957, note Crémieu.

⁸³¹ Art. 356, 358 et 359 C. Pr. Civ., « Cass. 2^e civ., 21 février 2002 ».

⁸³² « Cass. 2^e civ., 15 avril 2010 ».

puisqu'elle décide que le demandeur doit être informé de la date à laquelle aura lieu l'audience⁸³³. Lorsque la juridiction juge que la demande de renvoi est justifiée, elle désigne soit une autre chambre que celle initialement saisie, soit carrément une autre juridiction.

Cette décision s'impose aux parties aussi bien qu'aux juges de renvoi. Elle n'est susceptible d'aucun recours⁸³⁴. Et si, au contraire, la demande de renvoi est finalement rejetée, celui qui l'a formée peut, comme en matière de récusation, être condamné à une amende civile ou à des dommages et intérêts⁸³⁵.

Enfin, il faut noter que, durant la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime, l'instance n'est pas en principe suspendue devant la juridiction dont le dessaisissement est demandé⁸³⁶. Cependant, le président de la juridiction saisie de la demande de renvoi peut ordonner que celle qui est soupçonnée de partialité devra surseoir à statuer jusqu'à la décision sur le renvoi.

L'introduction de cette procédure de récusation des juges aux Comores, est nécessaire. Elle reste un moyen indéniable pour rassurer les justiciables de la bonne tenue des procès. Elle permettra également aux juges d'éviter toute tentative d'escroquerie au jugement et surtout d'éviter toute partialité dans le procès. Mettre en place aux Comores une procédure de récusation du juge revient à assurer le respect du principe d'impartialité. D'autres termes⁸³⁷ similaires à la récusation d'un juge peuvent être introduits dans le Code comorien de procédure civile.

C- Principe d'impartialité et de prise à partie

148. La prise à partie, il s'agit d'une voie de droit ouverte en vue de faire condamner à des dommages et intérêts un magistrat qui s'est rendu coupable, dans l'instruction ou le jugement d'un procès, d'une faute lourde professionnelle, d'un dol, d'une fraude, de concussion ou d'un déni de justice.

⁸³³ « Cass. 2^e civ., 25 mars 198 ».

⁸³⁴ Art. 360 C. Pr. Civ.

⁸³⁵ Art. 363 C. Pr. Civ.

⁸³⁶ Art. 361 C. Pr. Civ, C'est là une différence non négligeable avec la procédure de récusation, puisqu'en vertu de l'article 346 du Code de procédure civile, le juge visé par une demande de récusation doit s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celle-ci.

⁸³⁷ La prise à partie article 366-1 et suivants du Code de procédure civile.

En principe, l'Etat est civilement responsable des condamnations à des dommages et intérêts prononcées à raison de ces faits contre des magistrats, sauf son recours contre ces derniers⁸³⁸.

Dans la vie de tous les jours on rencontre des gens qui ont une particularité effroyable. Tous, ils avaient été condamnés à de la prison ferme, soit pour quelques jours, soit pour plusieurs mois, ou parfois de nombreuses années mais, au bout du compte, avaient été innocentés.

En termes de procédure, cela signifiait que ces gens là avaient été soit, acquittés devant une cour d'assises, soit relaxés par un tribunal correctionnel, ou qu'un juge d'instruction avait conclu pour eux à un non-lieu. Mais, ils avaient quand même subi la prison pour rien. On peut imaginer leur frustration ; ils ont été blanchis mais abîmés.

Qui peut aujourd'hui dire qu'« aller en prison pour rien » est une chose facile ? Il fallait imaginer ce que cela signifiait dans notre époque. Ce n'était pas un accident de la vie, du chômage, de la maladie, des divorces ou de ces pépins graves qui clouent sur un foteuil. Ce n'était pas comme on le dit souvent aux Comores, ce pêcheur qui partait pêcher pour nourrir sa famille et qui se perd au large de la mer avec sa pirogue sans laisser de trace de vie. Ce n'était pas une attaque barbare commise par un criminel qui, avec sequestration, viol, mutilation, terreur ou assassinat de l'un des vôtres, ampute une part de votre existence. Ces gens là, ont connu un calvaire injuste.

En France, ces gens là emprisonnés pour rien ont la possibilité de réclamer une réparation financière à l'Etat. Chaque année, plusieurs d'entre-eux décident de demander réparation auprès de l'Etat. Tous les premiers lundis de chaque mois, une audience se tient devant une juridiction dite de prise à partie afin d'indemniser les victimes d'incarcérations injustes.

En Union des Comores, l'indemnisation n'a jamais existé alors que la justice est coupable d'erreurs judiciaires dont les plus douloureuses sont la corruption des juges⁸³⁹.

⁸³⁸ Loi numéro 72-626, 5 juillet 1972. Art. L. 141-3 COJ. Voir infra responsabilité de l'Etat.

L'introduction de juridiction de prise à partie, permettrait de juger aussi les juges, instaurer une sorte de craintes et de pression vis-à-vis des juges. Qu'un juge coupable de corruption, de dol, de concussion puisse voir sa carrière mise à terme ou être condamné personnellement à réparer financièrement, le préjudice qui l'a causé.

L'impartialité doit être le souci de quiconque a pour fonction de porter un regard de « juge » sur une personne, sur une chose ou sur un événement quelconque. Elle est une condition de l'exercice respectueux de la déontologie, de toute tâche qui consiste à estimer, évaluer et apprécier. A la contextualisation du principe d'impartialité des juges comme un des piliers de la démocratie, l'impartialité du juge permet une meilleure administration de la justice. Mais aussi pour assurer une bonne administration du service public de la justice, il faudrait instaurer un régime de responsabilité de l'Etat comme garant du bon fonctionnement du service public de la justice.

§2 La responsabilité générale du service public de la justice

149. Il faut noter avant tout que le service public de la justice est une institution qui relève du pouvoir politique. Certes la justice est indépendante, mais elle est soumise au contrôle du pouvoir étatique pour qu'elle fonctionne en toute indépendance. Ses agents sont nommés par le pouvoir politique ce qui fait que le moindre dysfonctionnement peut engager la responsabilité de l'Etat comme garant du bon fonctionnement dudit service (A), encore il est utile d'indemniser les conséquences d'une transgression, en mettant en œuvre la responsabilité personnelle de l'auteur de ladite transgression (B), cela permettrait aux juges de faire très attention lorsqu'ils portent atteinte à un principe directeur du procès.

A- De la responsabilité de l'Etat comme garant du bon fonctionnement du service public de la justice

150. Il est difficile de détacher la responsabilité de l'Etat et celle de ses agents. La responsabilité civile du service public de la justice débute avec celle des magistrats. A côté de leur responsabilité disciplinaire et pénale, les juges du siège et les procureurs doivent répondre de leurs fautes civiles dans l'exercice de leurs fonctions. Il est toutefois nécessaire de protéger leur indépendance et de ne pas entraver le déroulement de leur mission. Pour

⁸³⁹ On peut citer l'histoire récente d'une jeune fille de 16 ans sequestrée pendant une semaine et violée par un ministre d'Etat. Ce dernier s'étant présenté aux élections présidentielles de 2016 il est allé au 2^{ème} tour et a failli être élu Président de la République pour la même période des faits.

prendre l'exemple de la France, le Code de procédure civile a ainsi écarté l'hypothèse d'une responsabilité de droit commun⁸⁴⁰. De même, la loi du 5 juillet 1972 instaure un régime de responsabilité indirecte qui vise en premier lieu l'Etat⁸⁴¹. Les magistrats devront répondre indirectement de leur faute par le biais d'une action récursoire⁸⁴².

La responsabilité du service de la justice est donc avant tout une responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par ses agents. L'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « *l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice* ». Elle concerne avant tout les actes accomplis par les magistrats professionnels. Le régime général de l'article 781-1 vise aussi les fautes commises par les officiers et agents de police judiciaire lorsqu'ils agissent sous la responsabilité ou le contrôle d'un magistrat. Tel est le cas des actes effectués en raison d'une commission rogatoire mais encore des actes d'enquête diligentés sous le contrôle d'un magistrat du parquet⁸⁴³. En dernier lieu, les personnes qui bénéficient de ce régime d'indemnisation sont les usagers du service public⁸⁴⁴ à l'exclusion notamment de ses collaborateurs⁸⁴⁵.

Le particularisme de la responsabilité du service de la justice réside dans la restriction des fautes susceptibles d'entraîner une réparation : le déni de justice et la faute lourde. L'interprétation jurisprudentielle de ces notions a conduit à faire de la violation d'un certain nombre de principes directeurs un fait générateur de la responsabilité de l'Etat.

⁸⁴⁰ Pour une étude détaillée de la question, PLUYETTE G. CHAUVIN P. « Responsabilité du service public de la justice et des magistrats », *Juris-Classeur*, 1993, fasc. 74.

⁸⁴¹ Ce régime de responsabilité figure aujourd'hui dans l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire.

⁸⁴² La loi organique du 18 juillet 1979 a ajouté à l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut des magistrats un article 11-1. Cette disposition prévoit que « les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat ».

⁸⁴³ PLUYETTE G. CHAUVIN P. « Responsabilité du service de la justice et des magistrats », *op. cit.*, n° 40, p. 10.

⁸⁴⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 21 décembre 1987, *Bull. civ.*, n° 347.

⁸⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère} 30 janvier 1996, *JCP* 1996, II, 22608, rapport SARGOS P. En l'espèce, il s'agissait d'un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises qui demandait réparation du préjudice subi en raison de son absence de désignation par une juridiction consulaire. La Cour de cassation adopte, à l'égard des collaborateurs de la justice un régime de responsabilité sans faute fondé sur le préjudice anormal, spécial, et d'une certaine gravité.

Quant au déni de justice, le Code procédure civile le retient « Lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes, et négligent de juger les affaires *en état et en cours d'être jugées* ». L'article 4 du Code civil menace de poursuites « le juge qui refusera de juger, sous *prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'influence de la loi* ». La jurisprudence a conduit à élargir sensiblement la définition de cette faute.

Dans un jugement du 6 juillet 1994, le Tribunal de grande instance de Paris affirme qu'il « faut entendre par déni de justice, non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires *en état de l'être, mais aussi, plus largement tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu*⁸⁴⁶ ». C'est le manquement au principe du droit au juge qui permet de retenir la qualification de déni de justice. Plus particulièrement, les juridictions du fond se réfèrent au droit de la CEDH pour assimiler la méconnaissance du délai raisonnable au déni de justice. L'application du principe de célérité, conséquence du devoir de protection juridictionnelle, a été d'abord timide⁸⁴⁷.

En 1993, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'absence d'audience devant une Cour d'assises alors que le renvoi datait depuis plus de cinq ans n'était pas constitutif d'un déni de justice⁸⁴⁸. Puis les juges du fond ont fait preuve de plus de sévérité à l'égard de l'institution judiciaire. Le déni de justice a été retenu pour un renvoi des plaidoiries à plus de trois ans après l'enregistrement de la déclaration d'appel⁸⁴⁹. De même, un délai de plus de trois ans entre l'annulation d'une ordonnance du juge d'instruction et le prononcé de l'ordonnance de non-lieu est « *en soi révélateur d'un fonctionnement défectueux du service de la justice, constitutif d'un déni de justice*⁸⁵⁰ ».

Dans une décision récente rendue par la Cour de cassation en date du 8 février 2017, la Cour condamne le jugement rendu par la Cour d'appel qui rejette une demande après en avoir pourtant reconnu le bien-fondé en son principe au motif que la partie n'avait pas apporté

⁸⁴⁶ TGI Paris, 6 juillet 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, juris., p. 589, note PETIT S.

⁸⁴⁷ Dans un premier temps, les manquements graves au principe de célérité ont servi de fondement à la reconnaissance d'une faute lourde. Cf. par exemple, CA Paris 10 mai 1983, Gaz. Pal. 1983, 1, som., p. 197. Cet arrêt condamne le retard excessif lorsqu'une procédure collective a duré dix-sept ans alors que l'ouverture de la procédure n'était pas justifiée.

⁸⁴⁸ CA Paris 23 février 1993, Bolle c/ agent judiciaire du trésor, inédit, cité par PLUYETTE G. CHAUVIN P. « Responsabilité du service de la justice et des magistrats », op. cit., n° 67.

⁸⁴⁹ TGI Paris 6 juillet 1994, précit.

⁸⁵⁰ TGI Paris 8 novembre 1995, Dalloz 1997, som. Com., p. 149, observations PRADEL J.

suffisamment les preuves qui lui sont demandées pour préciser l'objet ou l'étendue de la condamnation qui doit être prononcée. La Cour de cassation déclare qu'il appartient au juge de « *prescrire, au besoin d'office, toutes les mesures d'instruction idoines pour suppléer cette insuffisance*⁸⁵¹ ».

Le devoir de protection juridictionnelle de l'individu « comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable ». En conséquence, est considéré comme un déni de justice, le fait qu'une procédure engagée devant une Cour d'appel ne puisse être examinée avant le délai de quarante mois suivant la date de la saisine⁸⁵².

Les juridictions du fond considèrent qu'un retard exagéré pour statuer équivaut à un refus de statuer. Un auteur explique ainsi que « *le temps n'est pas une modalité du droit, il en est une composante*⁸⁵³ ». Ne pas reconnaître un droit en justice dans un temps raisonnable revient à le méconnaître. Au-delà des explications théoriques il faut souligner que la réalisation tardive du droit est préjudiciable à son bénéficiaire. Des créances impayées peuvent entraîner des difficultés financières. La contestation sur un droit de propriété peut priver le véritable titulaire de la jouissance de son droit. C'est en raison du préjudice consécutif à la lenteur judiciaire que la jurisprudence a été conduite à élargir la définition du déni de justice.

Le déni de justice réside encore dans le fait pour le juge de contrevenir à un principe qui crée une obligation à son égard. Tel est le cas du principe de coopération. L'article 12 du nouveau Code français de procédure civile dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification *aux faits et actes litigieux sans s'arrêter* à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

Lorsqu'une demande est formulée devant une juridiction sans que ses fondements juridiques soient précisés, les juges doivent examiner les faits conformément aux règles de droit qui leur sont applicables⁸⁵⁴. L'obligation pour le juge de donner un fondement juridique

⁸⁵¹ Cass, Civ. 1^e, 8 février 2017. Cf, Cass., Civ.2, 2 février 2017. « Le juge saisi d'un litige doit le trancher ».

⁸⁵² TGI Paris 5 novembre 1997, Dalloz 1998, juris., p. 9, note FRISON-ROCHE M-A.

⁸⁵⁴ Cass. Com., 31 mars 1981, Bull. civ., n° 169.

à la demande relève du principe de coopération. Une Cour d'appel a, en application de ce principe, qualifié de déni de justice un jugement rejetant une prétention aux motifs que son auteur ne précisait pas le fondement juridique de son action⁸⁵⁵. Cette jurisprudence ne devrait pas perdurer en ce qui concerne les instances civiles introduites par une assignation. Depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, l'article 56 du nouveau Code de procédure civile qui définit les mentions obligatoires de l'assignation a été modifié. Le demandeur doit désormais indiquer les moyens « en fait et en droit » qui fondent sa prétention. Ces conclusions qualitatives introduisent une obligation de coopération pour les parties à peine de nullité de forme. La modification de l'article 56 devrait avoir pour conséquence de libérer le juge de la menace de déni de justice qui pesait sur lui au sujet de la qualification du fondement juridique de la demande.

Le principe de coopération crée des obligations procédurales pour le juge. Refuser de s'y conformer relève logiquement d'un déni de justice. A l'inverse, lorsqu'une règle ne crée qu'une simple faculté, la décision du magistrat relève de son pouvoir discrétionnaire. Tel est le cas d'une décision de classement sans suite résultant de l'opportunité des poursuites. Le renoncement aux poursuites ne peut, selon la Cour de cassation, constituer un déni de justice⁸⁵⁶.

Malgré une extension manifeste de son domaine d'application, le déni de justice ne suscite encore que peu de condamnations. Les principes directeurs y sont associés en petit nombre. En tant que règles essentielles de la procédure, leur violation est plus souvent constitutive d'une faute lourde.

Sur la question de la faute lourde, avant la loi de 1972, la Cour de cassation avait déjà défini celle-ci. Il s'agit de « celle qui a été commise par un magistrat sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné⁸⁵⁷ ». La faute lourde est donc le manquement grossier à un devoir. Ce manquement est d'autant mieux caractérisé que le devoir est essentiel. Tel est le cas des

⁸⁵⁵ CA Paris, 25 avril 1986, Gaz. Pal. 1987, 2, juris., p. 800.

⁸⁵⁶ Cass. Com. 10 mai 1977, Bull. civ., n° 134. En l'espèce, les juges du fond ont débouté chacune des parties sur leurs prétentions respectives en retenant qu'aucune d'entre elles n'avait apporté la preuve nécessaire à l'appui de sa prétention.

⁸⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 13 octobre 1953, Bull. civ., n° 272.

prescriptions posées par les principes directeurs. La jurisprudence a eu recours à nombre d'entre eux pour caractériser la responsabilité du service public de la justice.

L'atteinte à l'honneur d'un individu, par l'intermédiaire de la présomption d'innocence, est un préjudice qui résulte d'une faute lourde d'un agent de l'Etat. Relève encore d'une faute lourde, le fait pour un juge d'instruction de faire diffuser dans la presse locale un avis de recherche reproduisant la photographie d'un individu et accompagnée d'un texte le mettant en cause alors qu'aucune charge sérieuse n'existait à son encontre⁸⁵⁸.

Sur la question de la présomption d'innocence, il est fréquent qu'en Union des Comores les secrets de la défense soient divulgués avant même le procès. Des internautes n'hésitent même pas à les divulguer sur les réseaux sociaux alors qu'aucun jugement ne déclare les prévenus coupables. Un tel comportement est une atteinte grave à un principe directeurs du procès ; celui de « *secret de l'instruction* ». En France l'atteinte à ce principe est considérée comme grave et est assortie de lourdes sanctions. L'atteinte à la présomption d'innocence peut résulter d'une violation du secret de l'instruction on l'a bien dit. Pour illustrer sur cette question, on va prendre l'exemple suivant : un rapport confidentiel du parquet destiné à la direction des affaires criminelles relativement à un dossier en cours d'instruction avait été communiqué à la presse. Sans rechercher quel avait été l'auteur de la divulgation, le Tribunal de grande instance de Paris retient que « la divulgation de ce rapport par la presse, emportant révélation de faits reprochés aux demandeurs par le ministère public, avant même *que les intéressés aient fait l'objet d'une mise en examen, est révélateur d'un dysfonctionnement du service public de la justice. Eu égard aux personnalités mises en cause, et à l'effet médiatique nécessairement attaché à la publication dans la presse du rapport en question, la remise au journal d'un tel document implique chez son auteur, la conscience d'accomplir un acte contraire à ses devoirs professionnels ; qu'elle constitue une faute lourde au sens de l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire* »⁸⁵⁹.

Dans cette affaire, les demandeurs avaient allégué l'existence d'un déni de justice pour manquement au devoir de protection juridictionnelle. Le Tribunal ne constate qu'une faute lourde sans pour autant désigner son auteur. L'Etat est responsable de la diffusion d'un rapport confidentiel parce qu'un agent du service public a nécessairement commis cette faute.

⁸⁵⁸ TGI Caen 23 janvier 1990, inédit, cité par PLUYETTE G. CHAUVIN P. Responsabilité du service de la justice et des magistrats, op. cit., n° 93.

⁸⁵⁹ TGI Paris 3 avril 1996, Gaz. Pal. 1996, 2, juris., p. 584.

L'Etat agit comme un garant des actes accomplis par les membres de l'institution judiciaire. La Cour de cassation a suivi les juges du fond pour réparer les atteintes à la présomption d'innocence résultant d'une violation du secret de l'instruction. Dans le cadre d'une enquête, des agents de la répression des fraudes avaient diffusé des informations concernant les personnes poursuivies. La Cour de cassation décide que « la *divulgaration d'informations permettant d'identifier les personnes mises en cause à l'occasion d'une enquête est constitutive d'une faute lourde* ⁸⁶⁰ ».

Les juges découvrent parfois la faute lourde dans la violation consécutive ou simultanée de plusieurs principes. Commettent ainsi une faute lourde des fonctionnaires des impôts qui procèdent à des visites domiciliaires au moyen d'un détournement de procédure, et se munissent de l'autorisation d'un magistrat pour couvrir l'irrégularité de leur démarche⁸⁶¹. Ici la faute réside dans la méconnaissance du principe de loyauté qui a permis aux agents de l'Etat de procéder à une visite domiciliaire portant atteinte à l'intimité de la vie privée. En l'absence de fraude, cette visite n'aurait pas été autorisée par le magistrat. Dans le même état d'esprit, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a sanctionné la faute consistant pour les services de la répression des fraudes, en méconnaissance du principe du contradictoire, à privilégier une interprétation douteuse des faits. Une telle attitude viole la règle qui veut que « le doute profite à l'individu suspecté ». Elle visait uniquement à maintenir une saisie effectuée par les services de la répression des fraudes pendant un an⁸⁶². Dans cette décision, la Cour d'appel a utilisé de façon surprenante un principe relatif à l'appréciation des preuves au cours de l'enquête. La violation de ce principe combiné avec le mépris du contradictoire permet à nouveau de retenir la faute lourde.

Les hypothèses qui viennent d'être exposées mettent en évidence l'existence d'une faute lorsque l'agent outrepassé ses pouvoirs. Le cas inverse peut se produire à propos du magistrat qui renonce à son pouvoir discrétionnaire. Il fait alors preuve de dépendance. Des magistrats consulaires saisis d'office avaient repris intégralement dans leur décision, le projet rédigé par le syndic désigné. Saisie d'une action en responsabilité contre l'Etat, la Cour d'appel affirmait qu'il n'était pas démontré que le jugement prononcé n'était pas l'expression de la décision prise en cours des délibérés. La reprise dans le jugement du projet du syndic

⁸⁶⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 9 mars 1999, Dalloz 2000, juris., p. 398, note Matsopoulou H.

⁸⁶¹ CA Paris 18 avril 1991, Gaz. Pal., 1991, 2, juris., p. 592.

⁸⁶² CA Aix-en-Provence 25 mai 1988, fils de Ramel, inédit, cité par PLUYETTE G. CHAUVIN P. « Responsabilité du service de la justice et des magistrats », op. cit., n° 90.

n'impliquait pas un renoncement à l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. La Cour de cassation a cassé cette décision en constatant la violation de l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire⁸⁶³. Les juges qui reprennent le texte rédigé par le syndic ne manifestent pas le pouvoir attaché à leur fonction. On peut aller plus loin en affirmant qu'ils marquent ainsi leur dépendance à l'égard d'une opinion exprimée par une personne extérieure à la juridiction. Implicitement, il y a bien violation du principe d'indépendance.

La responsabilité civile des magistrats et du service de la justice demeure limitée à la violation manifeste de règles essentielles de la procédure et notamment de principes directeurs du procès. Cette situation se justifie par le fait que la responsabilité des juges entrave potentiellement l'activité juridictionnelle⁸⁶⁴. L'indépendance que nécessite la charge de rendre la justice s'accommode mal du risque de voir sanctionnée par la voie civile une décision procédurale. Les voies de recours sont le moyen le plus adapté à la critique des décisions de justice. Pour autant, il faut constater que le thème de la responsabilité des juges a fait l'objet de préoccupations doctrinales⁸⁶⁵.

De son côté, le législateur français n'est pas resté insensible au mouvement de responsabilisation croissante. Il a projeté, dans le cadre de la réforme de la justice, « *d'associer davantage le justiciable* victime aux procédures de mise en jeu de la responsabilité des magistrats⁸⁶⁶ ». A été prévue d'une part, l'institution d'une Commission nationale d'examen des plaintes des justiciables et d'autre part, l'extension de la responsabilité civile prévue à l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire aux fautes simples des agents du service de la justice. La substitution de la faute simple à la faute lourde peut être entendue comme un accroissement du rôle des principes directeurs dans l'action en responsabilité des justiciables. L'action contre l'Etat ne devrait pouvoir être mise en œuvre que pour violation d'une règle essentielle de procédure. Il n'y a là que réflexion

⁸⁶³ Cass. Com. 19 octobre 1993, Bull. civ., n°347.

⁸⁶⁴ FRISON-ROCHE M.A. « La responsabilité des magistrats » l'évolution d'une idée, JCP 1999, I, 174.

⁸⁶⁵ GARAPON A. « La responsabilité des juges », On peut consulter le document internet, sur http://www.enm.justice.fr/centre_de_recherches/responsabilite_du_juge/annexe_3. Htm. Guinchard S, Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ? La responsabilité civile, in les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité, colloque Aix-en-Provence, mai 2000, PUAM.

⁸⁶⁶ MOUTOUH H. MONTAGNE-MOUTOUH I. « Une réforme attendue : la responsabilité des magistrats », Dalloz 2000, n° 8, point de vue, p. V.

prospective⁸⁶⁷. On trouve déjà dans les régimes spéciaux de responsabilité, une action des principes en faveur d'une ouverture vers un véritable droit à réparation.

En France, on trouve des textes spéciaux qui instaurent des régimes de responsabilité civile lorsqu'un principe en particulier a été méconnu de façon injustifiée. On trouvera dans la « *liberté d'aller et de venir* » et dans « *la présomption d'innocence* » deux illustrations de l'action en responsabilité fondée sur la violation d'un principe directeur du procès judiciaire.

La violation injustifiée du principe de la liberté d'aller et de venir se produit lorsqu'une personne a subi une détention provisoire suivie d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. Le recours à l'incarcération avant jugement répond en théorie à des préoccupations utilitaristes. Ne préjugant pas de la culpabilité de la personne, la détention provisoire peut être décidée à l'encontre d'une personne qui, par la suite, se révélera innocente. Les principes qui permettent de prévenir une atteinte à la liberté n'ont pas agi avec une efficacité suffisante. L'arrêt des poursuites et l'innocence qui en découle sont révélateurs d'une faute commise à l'encontre de la personne incarcérée. Celle-ci doit en conséquence voir son préjudice réparé.

La loi du 17 juillet 1970 a introduit dans les articles 149 et suivants dans le Code de procédure pénale des dispositions qui visent à mettre en place une procédure d'indemnisation⁸⁶⁸. Ladite indemnisation repose en principe sur trois conditions : l'existence d'une détention provisoire, suivie d'une décision de non-lieu, relaxe ou acquittement, ayant créé pour la personne incarcérée un préjudice. Si les deux premiers éléments ne font pas de difficulté, la question du préjudice réparable a connu une évolution. A l'origine, seul pouvait être indemnisé le préjudice « *manifestement anormal et d'une particulière gravité* ». Le législateur entendait limiter la réparation automatique d'un dommage résidant simplement dans la privation de liberté. La loi du 30 décembre 1996 a supprimé la définition restrictive du préjudice indemnisable⁸⁶⁹. Et il faut admettre aujourd'hui que la détention injustifiée constitue en elle-même un dommage pour la personne à l'encontre de laquelle des poursuites

⁸⁶⁷ Il est à noter que cette solution existe déjà pour l'action en responsabilité résultant d'une atteinte à la vie privée. La jurisprudence décide qu'en vertu de l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. CF. Notamment, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, Bull. civ., n° 378, Dalloz 1997, juris., p. 403, note LAULOM L. ; JCP 1997, II, 22805, note RAVANAS J.

⁸⁶⁸ GIUDICELLI A. « L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées », RSC 1998, p. 11.

⁸⁶⁹ LE GUNEHEC F. Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, JCP 1997, 22/ 1/ 1997, actualités, p. 1.

ont échoué. Avec la loi du 15 juin 2000⁸⁷⁰, l'article 149 a été partiellement réécrit. Il prévoit désormais que peuvent être réparés les préjudices moral et matériel subis à l'occasion de la détention. Cette nouvelle rédaction s'inscrit dans le sens d'une conception extensive du préjudice. En revanche, dans un certain nombre d'hypothèses, l'indemnisation est exclue. Tel est le cas lorsque l'abandon des poursuites est fondé sur l'irresponsabilité pénale pour trouble mental ou sur une loi d'amnistie postérieure à la détention provisoire. De même, la personne qui s'est volontairement accusée ou laissée accuser à tort dans le but de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites ne pourra revendiquer une réparation.

La procédure d'indemnisation a aussi évolué dans la loi du 15 juin 2000⁸⁷¹. Initialement attribué à une commission de la Cour de cassation, le contentieux de l'indemnisation de la détention est à compter du 16 décembre 2000 transféré devant le premier président de la Cour d'appel. La décision rendue pourra faire l'objet d'un recours devant la commission d'indemnisation de la Cour de cassation. Enfin, à compter de la publication de la loi, l'audience en indemnisation acquiert un caractère public et la décision de la commission devra être motivée.

A travers les trois réformes de 1970, 1996 et 2000, l'action du principe de la liberté d'aller et de venir a conduit le législateur à accroître le droit à réparation de la victime d'une détention injustifiée. L'intérêt d'une telle procédure consiste dans le fait que la faute génératrice de la responsabilité étatique résulte du caractère injustifié de la détention. La responsabilité découle de la réunion de deux éléments dont la réalité ne peut être contestée : une détention provisoire suivie d'un arrêt des poursuites. Le régime de responsabilité s'en trouve assoupli.

Quant au principe de l'atteinte à la présomption d'innocence, il a fait l'objet de toutes les attentions depuis l'adoption en France de la loi du 4 janvier 1993.

Sur le fond, cette loi a consacré textuellement le principe dans l'article 9-1 du Code civil. La loi du 15 juin 2000 a modifié la présentation du principe. Il est inscrit dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui dispose que « toute personne suspectée ou

⁸⁷⁰ LE GIUDICELLI F. Apperçu rapide, de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de victimes, dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction, JCP 2000, actualités, p. 1299.

⁸⁷¹ Six mois après la publication de la loi.

poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ». De même a été modifié l'article 9-1. Ce texte concernait les personnes placées en garde à vue, mises en examen ou visées dans une citation à comparaître, un réquisitoire ou une plainte avec constitution de partie civile. Il semble que l'on retrouve dans cette énumération la notion plus générale de « personne suspectée ou poursuivie » de l'article préliminaire du Code. Pourtant, dans sa nouvelle rédaction, l'article 9-1 énonce que « *lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire* » le juge peut prendre un certain nombre de mesures. Cette rédaction est surprenante. Un auteur estime qu'elle vise même les personnes qui ne sont pas juridiquement parties à la procédure⁸⁷². Faut-il entendre alors que l'article 9-1 protège aussi les personnes qui ne sont pas suspectées dans une procédure criminelle ? Par exemple, doit-on comprendre qu'une personne présentée dans la presse comme ayant participé à la commission d'une infraction alors même qu'aucune poursuite n'est entreprise à son encontre doit bénéficier de l'article 9-1 ? Une telle interprétation procède d'une confusion entre l'atteinte à l'honneur et celle à la présomption d'innocence. Or, si l'aspect fondamental de ce principe trouve son origine dans la protection de l'honneur⁸⁷³, les deux notions ne se confondent pas.

Du point de vue de la sanction, l'atteinte à la présomption d'innocence peut faire l'objet d'une action en responsabilité. Ce droit est prévu dans les deux dispositions textuelles qui visent le principe. L'action en responsabilité pour violation du principe est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile. L'irrespect de la règle de l'article 9-1 constitue une faute au sens de l'article 1240 du Code civil⁸⁷⁴. Dans une interprétation littérale, la Cour de cassation retient la transgression de l'article 9-1 dans le fait de « présenter publiquement comme coupable avant toute condamnation une personne poursuivie pénalement ». Par ailleurs, le préjudice est celui qui résulte de l'atteinte au principe. Il consiste d'abord dans la mise en cause de l'honneur de la personne et ensuite dans les conséquences matérielles qu'a pu entraîner cette mise en cause. En dernier lieu, l'article 9-1 vise les personnes privées et

⁸⁷² LE GUNHEC F. Aperçu rapide, de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de victimes, op. cit., p. 1226.

⁸⁷³ BEIGNIER B. « L'honneur et le droit », LGDJ, Paris, 1995.

⁸⁷⁴ Solution retenue avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1993. TGI Paris 1^{er} mars 1989, Gaz. Pal. 1990, 2, som., p. 445.

non le service de la justice. Pour engager la responsabilité de ce dernier, il faudra trouver dans la violation de la présomption d'innocence, les caractères de la faute lourde⁸⁷⁵.

Il faut noter l'existence d'un mécanisme visant à réparer l'atteinte à l'honneur lorsqu'une personne condamnée a retrouvé son innocence. Il s'agit de la procédure mise en place par l'article 626 du Code de procédure pénale lorsqu'une personne condamnée est reconnue innocente à la suite d'une révision de son procès. L'indemnisation est à la charge de l'Etat. Il ne s'agit pas dans ce contexte de réparer une atteinte à la présomption d'innocence mais plus généralement toutes les conséquences dommageables d'une condamnation lorsque l'innocence est révélée. Ce peut être une atteinte à l'honneur, mais encore à la liberté et plus généralement tout autre préjudice. Cette procédure dépasse le cadre strict de l'action des principes⁸⁷⁶.

La responsabilité civile fondée sur la méconnaissance d'un principe de procédure trouve donc en droit interne français des applications qui s'adressent tout autant à l'Etat qu'aux personnes privées. En droit international, la réparation du dommage résultant de la violation d'un principe fondamental et directeur du procès connaît un succès particulier dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

Aux Comores, les erreurs judiciaires qui portent atteinte à la vie privée, à l'intimité et à la présomption d'innocence des justiciables sont nombreuses. Parmi ces erreurs il y'en a certainement qui sont commises par les magistrats. Il serait nécessaire et louable pour éviter cela de rechercher avant tout la responsabilité personnelle du juge.

B- De la responsabilité du juge comme agent du service public de la justice et tiers au procès

151. Jusqu'à présent, la responsabilité retenue contre le juge est de nature disciplinaire. Les sanctions disciplinaires attachées à la violation d'un principe directeur de procédure peuvent toucher toutes les personnes qui, professionnellement, sont conduites à participer à la marche du procès (magistrats, avocats, avoués, huissiers de justice). Pour illustrer l'action des principes directeurs, ne sera envisagé ici que la répression disciplinaire à l'encontre des magistrats et plus précisément la relation entre la faute disciplinaire et les principes directeurs.

⁸⁷⁵ Sur la faute lourde, Cf. supra, n° 482.

⁸⁷⁶ Cf. cependant supra, n° 463 sur l'action procédurale des principes dans le recours en révision.

En France, la responsabilité disciplinaire des magistrats est posée par l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le statut des magistrats où l'on trouve les fondements de la responsabilité de ces acteurs. L'article 43 est ainsi rédigé : « tout *manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire. Cette faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice* compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique ».

La voie disciplinaire peut faire suite à une condamnation pénale. Toutefois, les poursuites disciplinaires sont indépendantes de l'action devant les juridictions pénales. Il faut les distinguer des possibilités d'une interdiction temporaire d'exercice de l'activité professionnelle du magistrat, lorsque les poursuites pénales engagées contre lui discréditent le magistrat ou l'institution⁸⁷⁷. La discipline des magistrats du siège et celle des magistrats du parquet ne suivent pas la même voie procédurale. De plus, si la palette des sanctions est commune aux deux ordres⁸⁷⁸, les obligations inhérentes à leurs fonctions divergent.

Il est à noter qu'on ne trouve pas, dans l'ordonnance de 1958, de définition précise de la faute disciplinaire du magistrat. L'article 43 qui fait référence à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité de la fonction, n'apparaît pas directement lié avec les principes directeurs. On peut cependant noter, tout de même, dans l'article 6 de ladite ordonnance sur le serment des magistrats, l'engagement à « garder religieusement le secret des délibérations ». Il s'agit du seul principe expressément visé par le texte⁸⁷⁹. L'étude de la relation entre principes de

⁸⁷⁷ KERBAOL G. Tableau comparatif des régimes de responsabilité des magistrats dans les magistratures occidentales. Voir document internet : <http://www.enm.justice.fr>; centre de recherches ; responsabilité du juge / annexe 14.htm. 2012.

⁸⁷⁸ L'article 45 de l'ordonnance prévoit comme sanctions disciplinaires : la réprimande avec inscription au dossier ; le déplacement d'office ; le retrait de certaines fonctions ; l'abaissement d'échelon ; la rétrogradation ; la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas droit à une pension de retraite ; la révocation avec ou sans suspension des droits à pension. Par ailleurs, l'article 44 de la même ordonnance permet à l'inspecteur général des services judiciaires, au premier président de juridiction, au Procureur général, ou au chef de service, de donner un avertissement aux magistrats placés sous leur autorité. Le texte prévoit que cet avertissement est donné « en dehors de toute action disciplinaire ».

⁸⁷⁹ La protection du secret ne revient pas uniquement au magistrat qui a participé ou assisté à la délibération. L'enregistrement clandestin par un magistrat d'une conversation portant sur les conditions d'un délibéré ou la menace d'avoir procédé à un tel enregistrement sont tenus pour des procédés déloyaux. CSM siège 20 juillet 1994.

procédure et faute disciplinaire nécessite de se reporter à la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature⁸⁸⁰.

La référence la plus importante du CSM dans la mise en œuvre de la responsabilité des magistrats est celle de l'impartialité. On pourra reprocher à un magistrat de ne pas s'être « déporté » pour éviter d'avoir à statuer dans une affaire qui mettait en cause une personne avec qui il entretenait des relations intimes. Cette sanction renvoie à l'article 339 du nouveau Code de procédure civile qui fait obligation au juge de s'abstenir lorsqu'une cause de récusation lui est applicable ou s'il estime « en conscience » ne pas être impartial.

L'impartialité s'attache principalement à la fonction de juger, mais elle est aussi une « obligation générale du corps judiciaire⁸⁸¹ ». En tant que partie au procès, le magistrat du ministère public ne devrait pas être tenu par cette obligation. Toutefois, le Procureur de la République est à l'initiative des poursuites pénales. Il exerce un choix qui détermine l'ouverture d'une procédure ou le classement du dossier. Dans le cadre de ces attributions, le magistrat du parquet doit faire preuve d'impartialité. A été mise en doute cette qualité, à propos d'un substitut qui avait pris des décisions de poursuites et de classement à l'encontre ou au bénéfice de personnes avec qui il était en relation d'affaires⁸⁸². Les sanctions pour manquement à l'impartialité peuvent être choisies parmi les plus graves. Un tel comportement du magistrat est considéré comme « contraire à l'honneur » et justifie la révocation de l'intéressé⁸⁸³.

Dans le même état d'esprit, l'autorité disciplinaire pénètre dans la vie privée des magistrats pour condamner des relations amicales susceptibles de « compromettre gravement *l'indépendance du magistrat dans la cité*⁸⁸⁴ ».

⁸⁸⁰ Les décisions CSM citées infra et supra proviennent d'une étude détaillée de la responsabilité disciplinaire des magistrats. COMMARET D. « La responsabilité déontologique des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la Magistrature ». Cf. Document internet cité supra.

⁸⁸¹ Ibid, p. 2.

⁸⁸² CSM parquet, 21 décembre 1994.

⁸⁸³ CSM siège, 22 janvier 1998.

⁸⁸⁴ CSM parquet, 13 mars 1995. La relation concernait en l'espèce des recommandations amicales qui avaient permis au magistrat d'obtenir à titre gratuit divers prêts.

Certains principes créent des pouvoirs au profit des magistrats de l'ordre judiciaire. Ces prérogatives constituent dans le même temps des obligations pour les juges. Un magistrat peut être poursuivi disciplinairement lorsqu'il refuse de siéger à des audiences de juge délégué. Le CSM estime que cette attitude doit être comprise comme « *un refus d'assumer les obligations qui lui incombent en tant que juge gardien investi par la Constitution du respect des libertés individuelles et caractérise une totale méconnaissance de l'étendue de ses devoirs et une absence du sens des responsabilités*⁸⁸⁵ ». Cette décision est intéressante en ce qu'elle montre que les principes directeurs qui attribuent des pouvoirs aux magistrats leur confèrent dans le même temps la responsabilité de les exercer.

Les droits des individus opposables à l'institution judiciaire se reportent sur les magistrats. Le principe de célérité confère à tout justiciable le droit de voir sa cause entendue par un juge dans un délai raisonnable. Cette obligation est mise à la charge des magistrats qui doivent faire preuve de diligence dans l'exercice de leur fonction. On a reproché à un juge d'instruction un « laps de temps inexplicable entre deux actes successifs de procédure dans une même affaire⁸⁸⁶ ». Le respect du principe de célérité est encore plus indispensable lorsqu'il s'agit de la question de la détention provisoire. Le CSM impose un « *devoir de rigueur dès lors qu'il s'agit de la liberté individuelle*⁸⁸⁷ ». L'obligation de diligence et de célérité s'étend évidemment aux magistrats du parquet⁸⁸⁸.

On constate que sous le regard du public, le juge retrouve une place inédite qui l'assigne à des responsabilités nouvelles. Le point nouveau est qu'il se sent responsable de l'image qu'il donne de son action, ce qui alourdit sa responsabilité d'une exigence de réflexivité. Le Conseil supérieur de la magistrature dans ses décisions disciplinaires doit se référer à l'image que le magistrat doit donner à sa fonction. Une telle exigence rompt avec une magistrature de carrière où les parcours sont évalués eu égard aux critères fixés par le système hiérarchique. Ce qui compte aujourd'hui, dans un pays qui se déclare de droit est, au contraire, de mettre au compte de la justice les attentes de la société démocratique. De ce point de vue, le faible indice de la légitimité du juge n'est pas qu'un handicap. Il lui impose un effort permanent de

⁸⁸⁵ CSM siège, 12 avril 1995.

⁸⁸⁶ CSM, 27 juin 1991.

⁸⁸⁷ CSM, siège, 14 décembre 1994.

⁸⁸⁸ CSM parquet, 25 mars 1994. L'organe disciplinaire décide qu'« en ne traitant pas, dans un délai raisonnable, les procédures qu'il avait en charge, le parquetier a fait preuve d'un manque évident du sens des responsabilités et a ainsi failli aux devoirs de son état ».

comportement, d'argumentation et d'écoute. Bref, une légitimité professionnelle qui obéit à de hauts standards éthiques.

Les juges ne peuvent demander à ce qu'un contrôle neutre et impartial ne soit appliqué que par les autres. Chaque juge doit également se sentir concerné par de tels principes et doit appliquer cette exigence. Leur légitimité n'est pas seulement contenue dans la référence à un acte de souveraineté dont ils sont délégataires « *juger au nom d'un peuple* » mais aussi à une vigilance que le public leur demande de s'imposer à eux-mêmes. Tel est le sens du serment du juge au moment de sa prise de fonction : en prêtant serment, le juge accepte de placer sa fonction dans l'horizon d'une promesse de fidélité à ses devoirs mais aussi une manière de se placer lui-même en position d'être jugé par autrui.

En France, le Code de procédure civile pose le principe de récusation du juge⁸⁸⁹. La récusation peut être soulevée lorsqu'il existe des indices qui justifient de la connaissance antérieure de l'affaire par le juge⁸⁹⁰.

Cependant, le juge n'est pas un extra-terrestre, c'est un être humain susceptible à tout moment de commettre des erreurs puisque « *l'erreur est humaine*⁸⁹¹ », mais pour qu'une justice fonctionne avec fiabilité et efficacité, il faut que ceux qui sont appelés à trancher des litiges entre des parties, soient en mesure d'éviter de commettre des erreurs. Car la meilleure manière de garantir les parties contre les erreurs éventuelles des juges⁸⁹² serait d'éviter que ceux-ci en commettent.

Pendant longtemps il a été impossible de remettre en cause une décision prise par un magistrat comorien. C'est parce que le juge comorien est à l'abri de toute responsabilité en bénéficiant d'une protection considérable de l'Etat. On lui reconnaît parfois une notoriété dans la prise de ses décisions alors même que celles-ci seraient entachées d'irrégularité. A nos jours, on a jamais vu un magistrat comorien remis en cause pour manquement à son devoir d'impartialité, d'honneur, de probité et de dignité, bien que l'irrespect de ces principes

⁸⁸⁹ Des articles 341 à 355 du nouveau Code de procédure civile.

⁸⁹⁰ Civ. 2^{ème}, 3 juillet 1985 : Bull. civ. II, n° 133 ; D. 1986. IR. 228, obs. Julien; Gaz. Pal. 1986. 1. Somm. 88, obs. GUINCHARD S. et Moussa.

⁸⁹¹ Adage français, qui signifie que l'être humain ne peut pas être confondu à quiconque ne commet pas d'erreur. L'être humain n'est pas parfait.

⁸⁹² M.A. FRISON-ROCHE, « L'erreur du juge », RTD civ. 2001, 819. 30^{ème} journées des avoués, Poitiers, oct. 2001. D. Salas, « Le nouvel âge de l'erreur judiciaire », RFAP 2008, n° 125, p. 169.

directeurs restent quotidiens. Les erreurs s'acroïent, le déni de justice reste en archipel des Comores fréquent, et nonobstant cela, l'Etat comorien se taisait comme si de rien n'était.

Dans les démocraties occidentales et notamment en France, on vient de le voir, l'on assiste à une augmentation croissante du contentieux de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice⁸⁹³. Dans ses principes généraux, la responsabilité peut être engagée à raison des erreurs commises par les juridictions et, au-delà, par un fonctionnement défectueux du service public de la justice. Ceci correspond bien au problème classique de la responsabilité des services publics, tout en tenant compte des données qui lui sont propres et qui influencent tant la responsabilité de l'Etat que la responsabilité personnelle des juges. L'on invoque aux Comores parfois, la possibilité d'exercer des voies de recours qui constitueraient le remède au mécontentement des plaideurs. Néanmoins, ces recours ne sont que formels et le juge peut les rejeter toujours s'il le souhaite. Si on mettait pas en place des sanctions à l'encontre du juge auteur d'erreurs judiciaires, celui-ci continuera à en commettre autant. Un recours ne fait que rectifier l'erreur du juge, sans indemnisation de la victime. Or, lorsque l'exercice d'une voie de recours laisse subsister un préjudice, une action en indemnisation doit être ouverte.

Pour la première fois, un juge comorien est inquiété dans ses fonctions de juge. Le ministère public a décidé en 2011⁸⁹⁴ de suspendre un magistrat instructeur⁸⁹⁵ de ses fonctions, pour non respect d'un principe directeur et notamment une règle procédurale. Les raisons de cette suspension alimentent la colère des magistrats comoriens, l'un d'eux anonymement, déclare que « *le juge d'instruction Faiçoil Mohamed Idjitihadi est suspendu de ses fonctions pour avoir autorisé la mise en détention d'un enfant de onze ans* ». Pour ce même magistrat « *cette mesure de suspension devrait être précédée d'une enquête. Ce qui n'a jamais été le cas, car aucune enquête n'a jamais été faite et les droits de défense n'ont pas été respectés* ».

⁸⁹³ LOÏC SECHER et Maître ERIC DUPOND-MORATTI, « Le calvaire et le pardon », avec la collaboration de JULIE BRAFMAN, ouvrage déjà paru chez Michel Lafon. Bête noire « condamné à plaider », mai 2013. Dans cet ouvrage, Maître Eric DUPOND-MORETTI dénonce les erreurs judiciaire dont la justice française est coupable. Dans la préface dudit ouvrage, l'auteur cite une décision importante, d'un juge, extrait de l'étranger d'Ibert Camus : « Le silence était complet ddans la salle quand elle a eu fini. Le Procureur s'est alors levé, très grave et d'une voix que j'ai trouvée vraiment émue, le doigt tendu vvers moi, il a articulé lentement : « Messieurs les jurés, le lendemain de la mort de sa mère, cet homme prenait es bains, commençaient une liaison irrégulière, et allait rire devant un film comique. Je n'ai rien de plus à vous dire. » Il s'est assis, toujours dans le silence ».

⁸⁹⁴ Arrêté publié au journal Al-Watwan n° 1871 du lundi 19 décembre 2011.

⁸⁹⁵ Le juge d'instruction Faiçoil Mohamed Djitihadi, le 18 décembre 2011.

Or, cet arrêt ministériel qui suspend de ses fonctions ce magistrat du siège n'a pas explicitement mentionné les faits qui sont reprochés au juge.

Pour les avocats⁸⁹⁶, la suspension du juge Faiçoil est totalement illégale. L'avocat Issa Mouhoutoir précise que « *c'est le Conseil supérieur de la magistrature qui devrait être à l'origine de cette sanction, le Conseil ne s'est pas réuni, alors le simple arrêté ne suffit pas pour déchoir le juge de ses fonctions. Cette décision est illégale et à la fois contraire à l'indépendance de la magistrature* ». Mais selon un des conseillers de la Cour d'appel de Moroni, Omar Ben Ali « *le ministère a le droit de le suspendre, il s'agit d'une décision administrative, vu la gravité de ce qu'il a fait, sa suspension n'a rien d'illégalité* ». Ce même magistrat ajoute que « *le juge sanctionné n'a fait qu'accumuler des irrégularités dans l'exercice de ses fonctions, la preuve en est qu'il est suspendu en moins d'une année de travail. L'unanimité des magistrats était pour la décision de le suspendre* ». Cependant, conformément à l'article 77 de la loi portant statut de la magistrature, « *le ministre chargé de la justice saisi d'une plainte ou informé de faits susceptibles d'entamer des poursuites disciplinaires contre un magistrat, s'il y a urgence et sur proposition des chefs hiérarchiques de la magistrature, suspend de ses fonctions le magistrat faisant l'objet d'une enquête en lui interdisant l'exercice de ses fonctions jusqu'à la décision sur l'action disciplinaire*⁸⁹⁷ ». A la lecture de cette disposition on constate que la question d'indemnisation des justiciables victimes de violation d'un principe directeur n'est pas envisageable. Depuis une vague de suspensions⁸⁹⁸ se succède, la plus importante est celle de juillet 2016 depuis la nomination de Maître Fahmi au poste de ministre de la justice.

Que ce soit celle des magistrats eux-mêmes ou celle de l'Etat, la responsabilité du fait de la justice pose un problème d'une particulière difficulté, car il met en cause des principes essentiels. Il n'existe en la matière aucune solution pleinement satisfaisante. Il faut se contenter de compromis que d'aucuns qualifieront de boiteux. La solution serait peut-être de refuser le principe même d'une responsabilité du fait de la justice. « La couronne ne se trompe pas. » Les magistrats seraient souverains et ne répondraient jamais de leur activité.

⁸⁹⁶ Selon Me Issa Mouhoutoir « un juge de siège ne devrait pas être suspendu de la sorte car le principe de l'inamovibilité s'applique à eux. Quand un magistrat commet des faits qui ne sont pas conforme à la loi, il est possible d'une sanction car nul n'est au-dessus de la loi, mais il faut avant tout respecter la procédure ».

⁸⁹⁷ Article 77, loi du 30 décembre 2005 portant réforme du statut de la magistrature en union des Comores.

⁸⁹⁸ Sept magistrats sont suspendus de leurs fonctions par le nouveau ministre de la justice pour une simple altercation entre ce magistrat et un de ses clients quand il était avocat. Cette suspension suscite la colère des avocats, et d'autres magistrats, car portant atteinte au principe de l'indépendance de la justice et de la magistrature.

Mais une telle solution n'est pas conforme dans un pays qui se veut de droit. La faculté de s'en prendre à son juge a même historiquement précédé l'organisation de voies de recours et constitue sans doute l'origine de plusieurs traités de droit de procédure civile⁸⁹⁹. Surtout, l'irresponsabilité de la justice ne serait pas acceptée aujourd'hui par les justiciables si tant est qu'elle ait jamais été acceptée, et paraîtrait, non sans raison, insupportable à l'opinion publique.

Certes, tout pouvoir de droit ou de fait revendique, en fait ou en droit, sa propre irresponsabilité. Paradoxe des mots : les responsables ou ceux qui se proclament tels se veulent irresponsables d'une irresponsabilité à hauteur même de leurs responsabilités. On voit combien s'offusquent ceux qui font les lois ou sont chargés de leur exécution, quand on songe à les leur appliquer. Mais cette irresponsabilité revendiquée est de plus en plus mal tolérée. La victime, véritable ou soi-disant, ne se contente plus de déplorer la fatalité. Elle ne considère plus que c'est le mauvais sort qui la frappe. Elle veut être indemnisée et exige, en plus, que la responsabilité de l'auteur de son préjudice soit officiellement reconnue. Elle prétend qu'un responsable soit stigmatisé.

Cependant, le juge est chargé d'une fonction particulièrement grave, presque insoutenable, qui est celle de juger ses semblables, de trancher leurs différends, de les condamner ou de les absoudre. Peut-on admettre que l'exercice de cette fonction puisse aboutir à sa propre condamnation ? Ne devrait-on pas considérer que si le juge n'est pas toujours innocent, c'est qu'il est forcément coupable.

Aussi le problème posé par la responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice ne se réduit-il pas à celui qui suscite l'exercice de n'importe quel pouvoir et qui se résume en la crainte de voir la responsabilité ruiner l'autorité. Cette crainte est présente en matière de justice. Elle explique, au moins en partie, le caractère non public de la procédure disciplinaire des magistrats⁹⁰⁰. Elle se révèle dans la disposition de l'article 38, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse qui interdit, sous peine d'amende, « de publier aucune information relative aux travaux et délibérations du Conseil supérieur de la

⁸⁹⁹ MOREL, « Traité de droit de procédure civile », 2^e éd., 1949, n° 153 et s ; PIGEAU, « Procédure civile du Châtelet », t. I, p. 371.

⁹⁰⁰ Ici une grande différence entre la France et les Comores mérite d'être soulevée. Si la France la procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat est non publique, on constate que les sanctions disciplinaires proférées contre les 6 magistrats en date du mois de juin 2016 sont prises publiquement, et diffusées mêmes sur les réseaux sociaux et les médias.

magistrature, rendant ainsi impossible la publication et même la mention des décisions disciplinaires »⁹⁰¹. Elle a longtemps été la principale justification avancée en faveur de la limitation de la responsabilité des magistrats. « La loi, écrivait Morel, est partie de cette idée *qu'il y a lieu de protéger le juge contre des actions plus ou moins téméraires de plaideurs mécontents* ».

Cette observation n'est pas négligeable. Mais elle vaut pour tous ceux qui accomplissent un service public ou remplissent une fonction étatique⁹⁰². Ceux-là ont besoin d'une protection particulière pour remplir leur mission sans en être empêchés par un harcèlement processif et il est légitime que l'Etat et sa responsabilité s'interposent entre leur propre responsabilité et la victime. Cette protection qui est aussi une garantie pour la victime, il est convenable qu'elle bénéficie aux magistrats. Mais la question de la responsabilité du fait de la justice ne saurait être correctement réglée par une simple assimilation du magistrat au fonctionnaire public ordinaire.

Le régime général de responsabilité du fait de la justice se décompose donc aujourd'hui en deux branches en fait inégales. La première est constituée par la responsabilité de l'Etat et seulement de l'Etat pour le fonctionnement défectueux de la justice. Elle donne lieu, depuis quelques années, à une très abondante jurisprudence. Beaucoup plus aride, la seconde branche est constituée par la responsabilité fondée sur une faute personnelle du magistrat. Là encore la victime ne peut rechercher que la responsabilité de l'Etat. Mais celui-ci peut se retourner contre le fautif. Les victimes n'utilisent guère cette voie et on ne peut citer la moindre décision rendue aux Comores à la suite d'une procédure que l'Etat aurait récursoirement mené contre un magistrat.

⁹⁰¹ Voir D. LUDET, « Quelle responsabilité pour les magistrats », *Pouvoirs*, n° 394, Les juges, p. 119 et s., spéc. P. 131.

⁹⁰² Ici il y a un grand écart entre la France et les Comores. On vient de le vivre il y a une semaine, Jérôme Cahuzac alors homme politique qui a rempli beaucoup de fonctions étatiques pour son pays, s'est vu infligé de lourdes sanctions de trois ans d'emprisonnement ferme et de 375000 euros d'amendes pour fraudes fiscales. Au Comores on le vit même dans tous les régimes les autorités politiques ayant commis des infractions d'atteinte à l'honneur de l'Etat, de détournements de deniers publics ne se font jamais inquiéter.

Titre II : Le juge comorien à la jonction d'un pluralisme désordonné

152. Il s'agit ici de livrer quelques observations à partir de plusieurs exemples qui semblent significatifs du rôle du juge dans la gestion du pluralisme juridique. Ces exemples, qui ressortent tant au droit public qu'au droit privé, sont empruntés à différents pays d'Afrique francophone. Le fil directeur des développements repose sur un constat ; celui de l'illégitimité du droit de l'Etat, en tout cas du point de vue endogène, qui engendre son inefficacité. La nécessité de rechercher un droit plus adapté aux contraintes des Comores, mais aussi des sociétés africaines francophones, implique un rôle central du juge dans la mise en rapport des différentes sources de droit. Le juge, ou les juges, deviennent alors les artisans de la mise en relation des différentes sources et si, ce jeu d'assemblage fonctionne, de leur articulation. L'étude de cette question portera sur deux axes essentiels : celui en premier lieu du fondement de la pluralité des normes (Chapitre 1) et nous amenera à traiter en deuxième lieu la question du juge face aux normes internationales (Chapitre 2).

Chapitre I : Fondements de la pluralité des normes aux Comores

153. Il s'agit ici de s'interroger minutieusement sur la question du Contexte de la pluralité des normes (Section 1), et par la présence de cette pluralité de règles quel dialogue le juge peut-il faire (section 2)

Section 1 : Contexte de la pluralité des normes

154. Pour traiter cette question du contexte de la pluralité des normes, il semble nécessaire d'aborder la question de la diversité juridique reposant sur la diversité judiciaire (§1) avant de s'attarder sur la question de l'articulation entre règle de droit traditionnelles et règles de droit écrites (§2)

§1 Diversité juridique : diversité judiciaire

155. L'idée de départ est simple : la diversité juridique implique la diversité judiciaire et juridictionnelle. Tous les travaux sur la vie du droit aux Comores mettent en évidence la coexistence sur ce pays, de plusieurs ordres juridiques. Ce multi-juridisme, c'est-à-dire l'« *existence au sein d'une société déterminée de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques* »⁹⁰³, est la conséquence de la rencontre des Comores avec plusieurs cultures juridiques largement issues des processus de colonisation mais aussi des droits traditionnels et des droits religieux que l'on peut regrouper sous le label, bien général, de « coutume comorienne », ou encore de droits populaires⁹⁰⁴. Ainsi vont s'articuler les coutumes ancestrales issues des pays d'Afrique, le droit musulman, les coutumes islamiques, le droit moderne d'inspiration occidentale, plus précisément le droit français.

Tout l'enjeu pour le législateur en amont et pour le juge en aval est d'ordonner de manière satisfaisante cette pluralité avec cette contrainte forte de la suprématie quasi généralisée du droit écrit, c'est-à-dire du droit étatique moderne d'inspiration française, sur les règles coutumières d'origine traditionnelle et donc ancestrale qui elle, trouve aussi à

⁹⁰³ JACQUES VENDERLINDEN, « Essai de synthèse », in JOHN GLISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, ULB, 1972.

⁹⁰⁴ CHARLES NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », Presses universitaires de Namur, n° 26, coll. « Travaux de la faculté de droit de Namur », 2005, p. 9 et suiv.

s'appliquer et même dans certains cas à empiéter sur les règles étatiques modernes⁹⁰⁵. Ainsi, très logiquement, au lendemain des indépendances, le système juridique hérité de la puissance coloniale a servi certes de modèle pour la création d'un droit nouveau destiné à promouvoir le développement de la société comorienne voire même en général de la société africaine.

Cette prééminence voulue d'un droit que l'on peut qualifier de moderne dans les différents pays d'Afrique et surtout dans les pays d'Afrique centrale a eu pour conséquence de creuser le décalage entre « *l'officiel et le réel* »⁹⁰⁶.

Il y a d'un côté le droit officiel hérité qui se donne pour objectif (et pour alibi) d'accompagner les Comores aussi bien que l'Afrique et surtout occidentale et francophone, sur la voie de la démocratie, de la construction de l'Etat de droit et de l'apaisement politique (pour le droit public), et sur la voie de l'encadrement des rapports individuels ainsi que de l'apaisement social (pour toutes les différentes branches du droit privé). De l'autre, la situation réelle, qui échappe à ce droit « *venu d'ailleurs* » et qui continue à puiser sa légitimité et son acceptation dans des sources alternatives de droit (l'coutume, la religion, etc.). Plus qu'une contradiction entre les sources, il s'agit bien ici d'un décalage des sources. D'où la question de savoir comment combler ce décalage et, en tout cas, comment ordonner la diversité de ces droits qui renvoient à deux héritages distincts dans leur chronologie et dans leurs justifications.

Cette pluralité juridique étatique et infra-étatique amène le législateur d'abord et le juge ensuite (en tant qu'autorité de régulation déléguée) à se situer dans cette situation de cross-over juridique.

Soit les autorités officielles estiment qu'il ne peut y avoir de dialogue en l'espèce dans la mesure où, dans une logique verticale, ces sources de droit obéissent à une hiérarchie formelle ; soit, dans une logique horizontale cette fois, l'une est conçue comme un droit de principe et l'autre comme un droit qui peut déroger, mais seulement à certaines conditions. Et finalement l'absence de dialogue conduit à l'hégémonie de fait des droits hérités de la colonisation (c'est bien souvent la posture des autorités étatiques en ce que cette présence du

⁹⁰⁵ Voire, la question des résolutions des conflits en droit de successions, et notamment le cas des *magnahouli*.

⁹⁰⁶ CAMILLE KUYU, « Introduction », in CAMILLE KUYU (dir.), *A la recherche du droit africain du XX^e siècle*, op. cit., p. 15-16.

droit occidental permet de jouer la carte de l'uniformisation et du gommage des différences (bien souvent sources de conflits). Ou bien, on considère que les droits issus des décolonisations sont des droits transitoires, qui permettent de combler les vides juridiques (tant sur le plan constitutionnel ou administratif que sur le plan civil) en attendant que les autorités nationales élaborent leur propre droit « contextualisé », c'est-à-dire prenant en compte le double héritage, colonial et coutumier.

Le risque de cette conception est, paradoxalement, de consolider ce droit transitoire qui devient alors permanent, et donc prédominant, face à l'incapacité (et à l'absence de volonté) des autorités d'élaborer un droit propre, *sui generis*.

La suprématie du droit étatique ressurgit, au détriment de la place légitime et attendue des coutumes traditionnelles, faisant céder le pluralisme juridique face à une forme de monisme hégémonique. Cette dernière hypothèse, pas plus que la précédente, n'est pas celle d'une rencontre des cultures juridiques. Si la diversité des droits est une valeur qui mérite d'être promue et sauvegardée par les juges, elle est en tout cas loin d'être une norme, avec sa dimension contraignante. Elle se retrouve dès lors bien souvent au cœur d'un monologue du juge dont l'office est limité et soumis au droit de l'Etat, plus qu'au cœur d'un véritable dialogue qui, quand il existe, est surtout sous tension.

Comment, donc, à la jonction de ce pluralisme désordonné, la conciliation peut-elle (ou doit-elle ?) être faite aux Comores ? Le juge intervient alors pour rétablir les articulations logiques (qu'elles soient hiérarchiques, circulaires ou horizontales) tout en étant lui-même saisi par cet enchevêtrement des sources. Le défi pour le juge comorien est bien celui de la remise en cohérence d'un droit diffus parce qu'irrigué par une polycentricité des foyers normatifs (la dimension normative étant entendue dans son sens le plus large). Il y a même certainement à voir des stratégies dans le jeu des acteurs afin de définir le droit le plus opérationnel possible, adapté aux contraintes et spécificités de la société comorienne.

La caractérisation de la diversité juridique au sein de la société comorienne implique de réfléchir au niveau infra-étatique et non inter-étatique⁹⁰⁷ (la question ne présente alors qu'un intérêt limité puisqu'elle aboutit à la confrontation classique des deux grands systèmes de

⁹⁰⁷ Sur ces questions, voir les actes des deux séminaires de travail OIF-GRECCAP sur la diversité juridique : FABRICE HOURQUEBIE (dir.), *la diversité juridique dans l'espace francophone*, relevé de conclusions du séminaire de travail GRECCAP-OIF, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2009 ; *Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme, Promouvoir la diversité des cultures juridiques*, Paris, Organisation internationale de la Francophonie, novembre 2011.

droit) ; ce qui permet de faire émerger les notions de droits religieux, droits traditionnels, droits populaires, droits coutumiers, etc.

Pour aller un peu plus loin sur le droit populaire, dans les pays d'Afrique centraale, comme en Afrique de l'Ouest d'ailleurs, on pourrait qualifier de droit populaire la famille des droits endogènes africains qui se distingue du droit moderne, de type occidental. Les règles existantes de ces pays ne sont pas de stricte application, elles doivent servir au maintien des bonnes relations entre les vivants ; elles servent à trancher les différends mais en tenant compte davantage de la nécessité de rétablir l'harmonie sociale plutôt que d'appliquer les règles pour elles-mêmes. Toute violation d'une règle est donc avant tout ressentie comme un trouble social qu'il faut réparer. La multiplicité des peuples et la structuration de la société africaine sur la base du clan ou de l'ethnie impliquent donc une multiplicité de droits suivant l'organisation sociale du groupe, la nature des contacts avec l'extérieur, etc. 5particulièrement au Rwanda, au Burundi...), et semblent complexifier le rôle éventuel du juge dans l'agencement de ces droits, dans le respect des cultures qu'ils traduisent et donc de leurs spécificités.

Les particularités de ces droits traditionnels ou populaires sont les suivants :

- Ils vont déterminer les droits subjectifs des individus en fonction des charges qu'ils assument dans le groupe ;
- Ils ne sont pas définitivement établis, la protection de l'individu étant parfois occultée par les nécessités d'assurer la cohésion du groupe⁹⁰⁸.
- Ils freinent le recours aux juridictions par les populations d'Afrique centrale, les juridictions étant vécues comme ne permettant pas de régler les conflits mais plutôt comme les entretenant⁹⁰⁹. Le recours à la justice est en effet loin de favoriser la pacification des relations et l'apaisement dans la mesure où le fait de trancher le conflit par le juge et donc de traduire une personne en justice peut, au contraire, être

⁹⁰⁸ Voir par exemple, dans le cas de la République centrafricaine, les procédés de sanction des atteintes à la personne ou aux biens.

⁹⁰⁹ Cf. Les modes de contournement dans la société multiethnique centrafricaine.

interprété comme un refus de conciliation et une stigmatisation d'autrui⁹¹⁰. Au lieu de viser l'harmonie sociale, que doivent permettre les droits populaires, l'action en justice cristallise les oppositions et pérennise les rencoeurs des parties⁹¹¹.

Les sources de ces droits populaires sont aussi diverses que parfois inattendues (et c'est le cas dans la plupart des Etats d'Afrique centrale⁹¹²). On distinguera d'abord deux sources « normatives », que l'on va retrouver dans les systèmes de droit modernes :

- La coutume, avec ses deux éléments constitutifs : un usage répété et une pratique constante qui, par sa réitération, induit une acception et acquiert une force obligatoire auprès de la population. La coutume aux Comores, on l'a vu, voire même en Afrique centrale, prend une dimension particulière en raison de la place des paramètres de l'ancienneté et du sacré dans la construction des groupes et des sociétés traditionnelles⁹¹³ ;
- La jurisprudence : si on estime qu'avant la colonisation il était difficile de parler de pluralisme juridique, par définition (et bien qu'il existât déjà une pluralité des droits endogènes), la pluralisation du droit portée par la colonisation a nécessairement engendré ce que l'on pourrait appeler un « pluralisme jurisprudentiel », issu de l'hybridation judiciaire (sur le plan institutionnel, ce constat est particulièrement identifiable au Rwanda avec les gacacas). Certaines décisions des juridictions coutumières « *pouvaient influencer l'évolution des pratiques de la population en créant des règles nouvelles ou en interdisant des comportements traditionnels* »⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Il faut noter qu'aux Comores, il est parfois interdit à un villageois de saisir la justice étatique au risque de se voir écarter même du village ou de toutes les activités du village, lui et toute sa famille. Et surtout dans les cas où, le litige concerne un notable de grand renommé, d'un chef du village ou d'un chef religieux.

⁹¹¹ Cf. Par exemple les moyens de répression de la criminalité en Centrafrique.

⁹¹² Pour des précisions sur cette question, voir Charles NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », op. cit., p. 11-20. L'auteur décrit de manière systématique les différentes sources des droits populaires que nous reprenons ici, mais dans un ordre différent qui veut refléter le processus de métissage et le pluralisme également dans les mécanismes producteurs des droits traditionnels.

⁹¹³ On peut citer par exemple, le cas de la République centrafricaine, le Rwanda, etc.

⁹¹⁴ Ibidem, p.16.

On retrouve plusieurs exemples pertinents dans les pays d'Afrique centrale sous ancienne influence belge ; les juridictions coutumières mises en place par l'autorité belge ont forgé des règles visant à modifier la coutume⁹¹⁵. Ce sont d'ailleurs des exemples quasi exclusivement liés au droit de la famille ou aux règles du commerce qui sont les premiers champs « impactés » par le pluralisme juridique en raison de leur forte emprise sur le religieux et les questions liées aux statuts des personnes et qui sont les plus révélateurs de la manière dont le juge gère le pluralisme juridique à la lumière des droits fondamentaux entendus dans une conception occidentale. Ainsi, un seul exemple à ne pas généraliser pour autant est assez caractéristique de la confrontation des droits et surtout des cultures. Certains droits traditionnels reconnaissaient à l'homme :

« le droit de surprendre une fille sur laquelle il avait jeté son dévolu, mais dont les parents lui refusaient la main, et de l'épouser. Les parents se pliaient alors au fait accompli et attendaient la régularisation de l'alliance par la famille du garçon ⁹¹⁶».

Un jugement du tribunal d'appel du Rwanda-Burundi du 12 novembre 1948 conclut au fait que cette pratique était contraire à la liberté individuelle de la femme :

« Attendu qu'il est conforme au droit coutumier du mariage par rapt de se faire enlever à l'encontre de la volonté de la personne qui en est l'objet et qu'en l'occurrence, ceci est d'autant plus certain que la jeune fille qui, d'un milieu bien préservé et chrétien, n'a pas du tout été consultée avant l'entreprise dont elle fut victime ; attendu que l'ancienne coutume invoquée est contraire à l'article 2 de la charte coloniale garantissant la liberté individuelle ; et à l'ordre public. ⁹¹⁷»

Il ne faut bien entendu pas trop inférer de « l'exotisme » qui pourrait ressortir de ce type de jugement⁹¹⁸. Il ya derrière, et en toutes hypothèses, les effets de l'alignement juridique procuré par la colonisation. C'est le risque de la « mission civilisatrice » du droit français⁹¹⁹ qui transparaît dans cet arrêt. L'analyse de la coutume au fond indique que la femme ne peut

⁹¹⁵ Mais une certaine transposition pourrait être faite aux pays d'Afrique de l'Ouest sous influence française, et on pense notamment ici au Bénin.

⁹¹⁶ Rapporté in CHARLES NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », op. cit., p. 17, « La répression du mariage par ruse ». Et l'auteur de prendre d'autres exemples en matière de vocation successorale des filles, de succession de la veuve ou encore de prohibition de l'intérêt usuraire.

⁹¹⁷ Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais, 1949, p. 412.

⁹¹⁸ On trouve des arrêts du même ordre à la Cour suprême du Rwanda notamment.

⁹¹⁹ Il faut noter aussi que dans certains pays le droit belge remplit la même mission.

se rendre d'elle-même chez le mari, d'où l'enlèvement. La question de fond est bien celle du consentement, question que l'on retrouve au cœur du droit de la famille, et particulièrement des contrats⁹²⁰ et donc du mariage, dans les codifications civiles modernes.

Il faut ensuite évoquer les sources « physiques » des droits endogènes, c'est-à-dire les autorités qui, par leur statut social ou leur autorité morale, sont écoutés. Les paroles deviennent alors des sources de règles de comportement :

- Le chef de famille, le chef de groupe, le chef du village : il représente l'autorité politique instituée, et les règles orales énoncées sont obligatoires pour les membres de la communauté sous peine de se voir infliger une sanction. Le pouvoir découle de la légitimité des ancêtres et de la transmission de pères en fils ;
- Les autorités traditionnelles politiques : au Rwanda par exemple, « les décrets du Roi Mwami étaient proclamés par la batterie du tambour. Ils avaient force obligatoire sur les banyarwanda et ne se distinguaient des coutumes *que par le seul fait qu'ils découlaient d'un acte unique et non d'une succession répétée d'usages*⁹²¹ ». L'exécution de la règle devait suivre une certaine procédure, notamment la divination pour s'assurer la bonne grâce des ancêtres ou des dieux, la consultation des anciens, etc. Il existe plusieurs exemples de coutumes introduites par décision du roi indigène : entretien du feu sacré, semaine de cinq jours et un repos, suspension du contrat de servage pastoral⁹²² ;
- Les échanges qui naissent de la pratique de la palabre et qui structurent les règles de comportement du groupe pourraient aussi être évoqués au titre des sources de droit endogènes des autorités traditionnelles tant la palabre contribue au resserrement et à la restauration du lien social et sociétal⁹²³.

⁹²⁰ Les juristes sont unanimes de reconnaître que le mariage avant d'être une institution, elle est un contrat.

⁹²¹ CHARLES NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », op. cit., p. 16.

⁹²² JOHANE M. PAUWELS, « Introduction au droit », Butare, Université nationale du Rwanda, 1973.

⁹²³ JEAN-GODEFROY BIDIMA, « La palabre, une juridiction de la parole », Michalon, Le bien commun, 1997. Il existe plusieurs types de palabres que l'on regroupera en deux : les palabres iréniques tenues en dehors de tout conflit (à l'occasion d'un mariage, d'une vente...) et les palabres agonistiques qui font suite à un différend. On ne traitera ici que de cette dernière forme qui se définit comme « la réduction d'un conflit par le langage, la violence prise humainement dans la discussion ». Voir B. ATANGANA, « Actualité de la palabre », Etudes, n° 324, 1996, p. 10.

- Ces quelques caractéristiques montrent bien le décalage entre les règles issues du droit occidental, imprégnées de sécurité juridique, d'uniformité et de stabilité, et les règles de droit populaire, marquées par l'oralité, la flexibilité et la différenciation. Là encore c'est bien au juge ou à ses homologues coutumiers ou religieux que reviendra le rôle de domestiquer le droit occidental ou au contraire de moderniser les droits endogènes dans une perspective de conciliation voire même de limitation minimale.

Se pose aussi la question de l'articulation de ces différents droits.

§2 Articulation du droit traditionnel avec les règles de droit écrit

156. Sur l'articulation du droit traditionnel avec les règles de droit écrit, il faut distinguer la période préalable aux indépendances des territoires d'Afrique et notamment d'Afrique centrale, pour mieux appréhender la question, de la période postérieure. Avant les indépendances, le principe général était celui de la primauté du droit écrit sur les droits traditionnels mais le champ d'application de ces derniers ne devait pas être sous-estimé, notamment dans les champs du droit pénal, du droit de la famille, des régimes matrimoniaux, du droit successoral ou du droit foncier.

En toutes hypothèses, le droit populaire ne pouvait rester en vigueur qu'à condition de ne pas être contraire aux lois écrites qui l'avaient modifié ou réformé. On voit là une forme de hiérarchisation entre les règles issues du colonisateur et notamment du droit français et celles issues de la tradition, un maximum d'ordre a bien été établi. Ainsi, le mariage des filles impubères était interdit aux Comores et dans d'autres pays d'Afrique centrale⁹²⁴. Mais aux Comores, à la différence des autres pays d'Afrique centrale, la monogamie n'a jamais été imposée⁹²⁵. L'interdiction de la polygamie au Congo par exemple par la loi Massinou fut un exemple de loi difficilement applicable car motivée par le respect d'un ordre public universel qui n'avait pas sa place dans la société clanique cogolaise, les populations considérant la polygamie comme une union normale préférable au divorce et au concubinage⁹²⁶.

⁹²⁴ Au Congo belge, le mariage de filles impubères était interdit par un statut de 1936.

⁹²⁵ En Afrique centrale, et notamment au Congo, la monogamie a été imposée, d'abord aux agents indigènes de la fonction publique en 1948 puis à l'ensemble de la population en 1950.

⁹²⁶ RENE MASSINOU, « L'illusion civilisatrice dans les actes législatifs de la période coloniale », *Revue de civilisation burundaise*, 1983, p. 66-104 ; cité CHARLES NTAMPAKA ? « Introduction aux systèmes juridiques africains », *op. cit.*, p.95.

Après l'indépendance des Comores⁹²⁷, le droit traditionnel a subsisté mais davantage dans la « clandestinité », en ce sens que bien que régissant encore les pratiques privées des populations il a été relégué au rang de source auxiliaire du droit écrit, alors même que l'indépendance aurait pu permettre de s'affranchir des références juridiques du pays colonisateur.

Les droits coutumiers sont alors surtout maniés par le juge comme correctif à la rigueur, aux lacunes ou aux absences de la règle de droit écrit⁹²⁸. Mais dans les domaines encore non investis par le droit écrit, la règle coutumière reprend de la vigueur et a force de loi, s'imposant aux juges et aux tiers, sans le moindre respect à l'ordre public, contrairement aux pays d'Afrique centrale où la règle coutumière a force de loi, s'impose aux juges et à tous, sous réserve de respecter l'ordre public⁹²⁹. Un exemple caractéristique est l'article 7 de l'accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi du 28 août 2000 qui précise que les institutions traditionnelles auxquelles il se réfère doivent être comprises au regard de leur contenu coutumier. Ainsi, l'alinéa 26 pose comme principes « *l'éducation de la population et particulièrement des jeunes, aux valeurs culturelles traditionnelles positives telles que la solidarité, l'entraide sociale, Ibanga*⁹³⁰, *Ubupfasoni*⁹³¹, et *Ubuntu*⁹³² », alors que l'alinéa 27 dispose « *la réhabilitation de l'ordre d'Ubushingantahe* », manière coutumière de rendre la justice⁹³³.

Cette régulation de la diversité juridique appelle nécessairement un arbitre. Le juge, pourquoi pas ? Mais la tradition de méfiance des sociétés traditionnelles à son encontre n'en fait peut-être pas l'acteur le mieux armé pour organiser le dialogue des cultures juridiques. Néanmoins, par son statut et son office, il est au cœur qu'il le veuille ou non de la tension entre les droits. Tension qu'il va devoir transformer en véritable dialogue au service de l'internormativité, au risque de changer les droits traditionnels en droits mineurs et de

⁹²⁷ L'indépendance des Comores est intervenue en 1975, Mais ce phénomène de la prise en force de la tradition est universel en Afrique après les indépendances.

⁹²⁸ Ce même phénomène apparaît au Burundi et en République démocratique du Congo.

⁹²⁹ CHARLES NTAMPAKA, *ididem*, p. 98.

⁹³⁰ Secret et sens des responsabilités.

⁹³¹ Dignité ou respect d'autrui et de soi-même.

⁹³² Humanisme et personnalité.

⁹³³ Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, protocole n° I, Naature du conflit burundais, problèmes de génocide et d'exclusion et solutions, article 7, alinéa 26 et 27, cité notamment dans CHARLES NTAMPAKA, *ididem*.

Section 2 : Pluralité et dialogue des juges

157. La pluralité des droits, a engendré comme conséquence, l'abandon des individus des juridictions étatiques au profit des juridictions traditionnelles. Cette pluralité désordonnée et incohérente, va pousser les juges étatiques à trouver un compromis entre les deux règles en ouvrant un dialogue entre eux et les juges coutumiers. Ce dialogue était nécessaire pour la structuration de leurs discours (§1), et a permis l'illustration de la coexistence plurale des juges, de leur hybridation et de la pluralité des droits (§2)

§1 : La concurrence des juges et nécessité de structuration de leurs discours

158. La pluralité des droits induit la concurrence des juges et donc la nécessité de structurer un discours. L'enjeu est celui de la forme qu'il va prendre.

L'exercice de la justice dans la société comorienne prend un sens tout à fait particulier. D'abord parce que la justice peut-être rendue par des autorités que le droit de l'Etat ne reconnaîtrait pas en tant que juge⁹³⁴, ou par les chefs de village en tant qu'anciens en liaison avec les divinités, ou par le chef de famille en tant que patriarche habilité à apaiser les conflits entre les membres. Il peut mettre fin au conflit mais peut aussi saisir le conseil des anciens pour une décision collective en recherchant la conciliation des parties et non l'humiliation par l'application de la règle de droit ; aucune distinction n'existe ici entre les actions civiles ou pénales, toutes celles mettant en cause l'unité de la famille devant être jugées pour ramener l'unité le plus rapidement possible. La décision est immédiatement exécutée sans possibilité de contestation ou de recours. Ensuite parce que la finalité de la justice n'est pas celle nécessairement qui lui est assignée dans l'Etat de droit⁹³⁵.

En réalité, la justice traditionnelle aux Comores est une justice largement préventive. Le recours à la justice est toujours précédé de mécanismes de régulation des tensions et des désordres qui ont pour but de les canaliser et de les apaiser. Cela s'explique par le fait que la société comorienne est avant tout une société sacrée, communuelle et finalement peu

⁹³⁴ Comme les sorciers, les devins en République centrafricaine.

⁹³⁵ Et cela découle du sens des droits endogènes et des raisons pour lesquelles ils ont été créés et ont pu subsister, Cf. supra.

structurée⁹³⁶. Le sens de la justice traditionnelle est de parvenir à la réconciliation et à l'équilibre de la communauté par des voies plus conformes aux usages que par la mobilisation technique de la règle de droit strict. Le constat qui peut être fait avant tout aux Comores et ensuite dans la plupart des pays d'Afrique centrale est un rejet par les populations d'une justice institutionnelle qu'elle ne comprend pas car elle est, notamment trop éloignée⁹³⁷. La problématique du coût n'est pas absente car la justice moderne, par le formalisme procédural qu'elle implique, emporte des conséquences financières qui peuvent être difficilement supportables par les justiciables. Au contraire, la justice coutumière est une justice de conciliation, de pacification, d'arbitrage et de restauration de la solidarité là où la justice moderne risque d'aggraver les tensions en disant le droit et en rendant à chacun son dû⁹³⁸.

Le pluralisme juridique réduit à sa dichotomie droit écrit colonial et droits coutumiers a eu pour conséquence de créer, aux Comores et dans les Etats de l'Afrique équatoriale française⁹³⁹, une dualité de statuts : un statut indigène, reconnu aux autochtones⁹⁴⁰ à côté du statut français⁹⁴¹. D'où la juxtaposition de deux types de justice, l'une pour les Comoriens et/ou les Africains, l'autre pour les Européens ou plus particulièrement les Français. Les tribunaux indigènes pouvaient appliquer le droit coutumier tant que celui-ci n'allait pas à l'encontre des valeurs fondamentales de la culture occidentale⁹⁴². Finalement cette clause limitative avait pour but d'atteindre l'essence même de la justice coutumière, notamment en

⁹³⁶ Sur la question du caractère traditionnel de la société comorienne, il faut généraliser le phénomène pour toute la société traditionnelle africaine (une société sacrée, communautaire et non structurée) en se procurant des travaux de MARYSE RAYNAL « Justice traditionnelle, justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier », Paris, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1994, p. 23-25.

⁹³⁷ Même si aux Comores voire même en Afrique centrale se développe la pratique des audiences foraines, en particulier pour les affaires criminelles normalement jugées par les cours criminelles.

⁹³⁸ Pour une remarquable description du fonctionnement des tribunaux coutumiers et des autorités répressives, Cf., MARYSE RAYNAL, op. cit., p. 178 et suiv. Ici l'auteur va citer l'exemple de la République centrafricaine.

⁹³⁹ On pourrait aussi transposer aux Etats sous domination belge.

⁹⁴⁰ En Afrique équatoriale française ce statut est instauré par le décret du 12 mai 1910.

⁹⁴¹ Sur cette question, voir l'ouvrage de YERRI URBAN, « L'indigène dans le droit colonial français », 1865-1955, Paris, LGDJ, 2011.

⁹⁴² Cf. supra l'articulation entre les droits endogènes et le droit écrit d'inspiration occidentale et notamment française.

supprimant tout recours aux preuves supranaturelles⁹⁴³ ; de même que les tribunaux coutumiers qui n'ont que très rarement survécu à la vague des indépendances⁹⁴⁴.

Malgré la déculturation consécutive aux indépendances, la justice moderne reste très mal comprise par les populations de toute l'Afrique y compris la population comorienne ; à tel point que l'on peut parler d'une résurgence clandestine des tribunaux coutumiers dans la plupart des ordres juridiques des pays africains⁹⁴⁵. Cela est notamment dû au fait que ces tribunaux, d'une part, sont les plus adaptés aux mentalités traditionnelles et à la structure de la société⁹⁴⁶, et, d'autre part, semblent les plus capables de saisir les croyances et les habitudes ancestrales. C'est finalement une sorte de principe de subsidiarité qui commande l'usage de ces tribunaux coutumiers dans une société où les notions de proximité, de cohésion sociale, de groupe et d'apaisement sont cardinales.

Il découle de cette idée de subsidiarité une interrogation sur l'articulation des niveaux de justice⁹⁴⁷. En prenant l'exemple de la République centrafricaine⁹⁴⁸, on pourrait considérer que la Cour suprême doit jouer un rôle essentiel dans le maintien de la coexistence entre les ordres de juridictions. En sortant du rôle strict de vérification de la bonne application de la règle de droit, elle pourrait bénéficier d'une large marge de manœuvre pour interpréter, corriger un droit coutumier désuet ou inadapté⁹⁴⁹. Dans le prolongement, et conformément au rôle des Cours suprêmes dans les Etats de droit, elle pourrait être un outil de régulation des juridictions inférieures⁹⁵⁰. Encore faut-il que les juges coutumiers puissent accepter cet office d'une Cour qui bien qu'étant au sommet de la pyramide judiciaire, échappe largement à leur

⁹⁴³ MARYSE RAYNAL, op. cit., p. 13 : « Convaincus de la supériorité de leur culture et considérant le droit répressif traditionnel comme particulièrement barbare, les colonisateurs conçurent le droit comme l'outil privilégié du progrès. »

⁹⁴⁴ Il faut noter ici que la loi du 23 décembre 1965 portant organisation judiciaire les a ainsi supprimés en République centrafricaine, voir JORCA, 15 janvier 1966, p. 26. Quelques subsistances, sous une forme nouvelle au Rwanda, Cf. supra.

⁹⁴⁵ « La justice traditionnelle, en devenant hors la loi, s'est souvent travesti, peut-être pour mieux se protéger et survivre », MARYSE RAYNAL, op. cit., p. 14.

⁹⁴⁶ Que ce soit aux Comores, en Centrafricaine, au Rwanda, au Burundi, etc. où plus de 80% de la population est rurale.

⁹⁴⁷ Avant tout les justices coutumières entre elles, puis entre moderne et coutumière.

⁹⁴⁸ C'est ici une piste pour que l'on peut généraliser.

⁹⁴⁹ Ibidem, p. 307.

⁹⁵⁰ Quand on parle de juridictions inférieures par rapport aux cours suprêmes, ce sont les juridictions coutumières et modernes.

confiance. La rationalisation de l'exercice de la justice et la restauration de la confiance envers les juges sont peut-être à ce prix.

On touche alors ici la question des modes d'appropriation des cultures et systèmes juridiques d'origine extra-étatique par le juge moderne (ici la Cour suprême) et, à l'inverse, le moyen de porter à la connaissance des institutions et autorités coutumières le droit étatique. Plusieurs leviers d'action peuvent être envisagés⁹⁵¹ :

- La formation : les enseignements reçus par les juges de la Cour suprême aux Comores, en République centrafricaine ou dans la plupart des pays d'Afrique centrale sont purement d'inspiration occidentale ; il s'ensuit l'application d'un droit hermétique aux populations ;
- Des enseignements adaptés : il conviendrait d'inclure dans la formation des juges des cours d'anthropologie du droit, de sociologie du droit, de droit comparé africain ;
- Une sensibilisation des juges aux problèmes que soulève l'inadéquation du droit aux réalités sociologiques, pour qu'ils puissent prendre conscience des problèmes humains et matériels auxquels ils vont être nécessairement confrontés.

Cela implique que les juges acceptent de faire évoluer leurs missions : ils doivent accepter d'être des arbitres, conciliateurs comme dans les justices traditionnelles, pour sauvegarder l'harmonie du groupe et renforcer la place du principe d'équité. Ce constat est d'autant plus vrai que la plupart des juges sont étrangers à la région où ils exercent leurs fonctions ; ce qui implique qu'ils refusent de tenir compte des coutumes locales, pérennisant ainsi l'artificialité de la justice moderne⁹⁵².

Trois illustrations en Afrique viennent rendre compte, à différents niveaux, de ces enjeux.

⁹⁵¹ Certains programmes de coopération aujourd'hui portés par l'Organisation internationale de la Francophonie vont de ce sens, que ces programmes soient déployés en Afrique de l'Ouest ou en Afrique centrale.

⁹⁵² Ibidem, p. 307. L'auteur relève qu'il est difficile d'atteindre ces objectifs surtout au niveau des juridictions inférieures. Ainsi, « installer de jeunes magistrats auprès des juridictions les plus proches de la population des campagnes est une grave erreur, surtout dans des pays où règne encore une gérontocratie qui se veut synonyme de sagesse. Certes, on peut y gagner en technicité, mais on perd une certaine philosophie, une certaine éthique de la justice », ibidem, p. 308.

D'abord, la sanction des crimes (et des autres infractions aux biens ou aux personnes) en République centrafricaine⁹⁵³ est particulièrement illustrative de la coexistence des justices dans le règlement des litiges, coexistence qui aboutit bien souvent à l'exclusion de la justice moderne qui découle elle-même du pluralisme juridique et de la primauté bien souvent accordée aux droits endogènes dans la matière criminelle. Comme on l'a indiqué, la société traditionnelle centrafricaine insiste sur la prévention⁹⁵⁴ pour éviter que la paix sociale du groupe ne soit bouleversée⁹⁵⁵.

La matière criminelle se prête particulièrement à l'étude ici, car il y'a toujours, au fond, l'atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux de l'individu⁹⁵⁶ jusqu'à porter atteinte au plus fondamental des droits individuels qui est le droit à la vie et le respect de l'intégrité physique. Il y a donc presque un paradoxe à envisager une régulation (pour ne pas dire une sanction) coutumière aux différentes formes de criminalité, et ce même si cette prise en charge coutumière de la criminalité n'est bien entendu pas exclusive d'un recours à la justice moderne, mais recours qui s'envisagera davantage en dernière solution. En toutes hypothèses, cela soulève plusieurs questions liées, d'une part, à l'affaiblissement des structures étatiques ; le défaut de solidité de l'Etat induit la résurgence du local et donc des droits coutumiers et de la justice coutumière et, d'autre part, aux raisons culturelles du recours à la justice coutumière ; l'autre forme de justice est-elle à ce point culturellement inadaptée à ce que la société considère comme juste ? Dans tous les cas, c'est la question de la déjudiciarisation et de l'émergence de mécanismes endogènes de justice qui est posée.

On peut mettre ici, en exergue quelques conclusions et constats auxquels Maryse Raynal⁹⁵⁷ a abouti dans son important et remarquable travail de recherche sur la manière dont la criminalité était réprimée et sanctionnée en Afrique centrale. Il s'agit de ne donner que quelques aperçus, qui posent autant de questions qu'ils apportent de réponses.

⁹⁵³ Ici l'importance est de montrer que la question de l'immixtion voire même de la domination des juridictions traditionnelles, n'est pas une spécificité comorienne, mais, une situation qui ébranle toute la société africaine. Le cas de la centrafricaine est une illustration.

⁹⁵⁴ Mécanisme courant même aux Comores, de régulation des tensions.

⁹⁵⁵ C'est d'ailleurs une problématique transposable aux Etats d'Afrique centrale.

⁹⁵⁶ Etendus au sens moderne du terme.

⁹⁵⁷ Ibidem.

Qui incarne la justice (au sens de justice divine) ? D'une part, le devin⁹⁵⁸ : face à un crime mystérieux le premier réflexe de la famille dans toute la société africaine est la consultation du devin. On n'a recours aux modalités de preuve que dans un deuxième temps, quand l'art divinatoire n'a pas fonctionné. « *Le devin bénéficie d'une place privilégiée dans la hiérarchie sociale en tant que garant de l'ordre cosmologique et de ses rapports étroits avec les esprits de la forêt, les génies de la brousse, etc.* » ; il met ainsi en œuvre une sorte de justice divine⁹⁵⁹. D'autre part, le forgeron : la forge est le lieu privilégié où règne la sérénité ; les palabres y sont interdites, le sang ne doit pas y couler et le délinquant peut y trouver refuge. Pour toutes ces raisons, auxquelles on doit ajouter la valeur symbolique du feu dans la société traditionnelle, le forgeron apparaît comme l'arbitre suprême dans la société traditionnelle en Afrique et notamment aux Comores⁹⁶⁰.

- Quelles sont les infractions (les atteintes) envisagées ? C'est-à-dire quel est le spectre des offenses susceptibles d'entrer dans le champs de la justice coutumière ? Particulièrement intéressantes sont les atteintes à la sacralité⁹⁶¹ en raison du symbolisme qu'elles impliquent, la problématique foncière étant un des enjeux les plus importants en Afrique ; et, de manière inattendue et incongrue, les atteintes aux personnes⁹⁶² (les homicides) avec un déplacement du sens du crime : la faute est moins envers la victime et les membres de sa famille qu'envers les ancêtres qui habitent la terre⁹⁶³.
- En découle alors un questionnement nécessaire sur les modes d'administration de la preuve, dans la mesure où ils ont pour conséquence de porter à la connaissance des juges les coutumes. Il peut donc s'agir d'oracles⁹⁶⁴, de serments, de témoignages⁹⁶⁵.

⁹⁵⁸ Aux Comores le devin s'appelle « le mgu » et en Afrique centrale « le wama ».

⁹⁵⁹ Ibidem, p. 69-70 notamment.

⁹⁶⁰ Ibidem, p. 71-73. L'auteur relève d'ailleurs que « la mort du forgeron symbolise la mort du village. Ainsi lorsqu'on déclare la guerre à un village, on s'arrange pour tuer d'abord le forgeron qui détient la science du feu. Privé de ce personnage hors du commun, le village se sent fragilisé », ibidem, p. 73.

⁹⁶¹ On prend ici l'exemple de la souillure de la terre. Ibidem, p. 78-80.

⁹⁶² Sur la question des atteintes contre les personnes et particulièrement les meurtres propitiatoires et les homicides, voir MARYSE RAYNAL, op. cit., p. 92-106.

⁹⁶³ On rejoint alors les conséquences d'une atteinte à la sacralité, pivot de la structuration de la société traditionnelle africaine.

⁹⁶⁴ Ce sont des instruments de divination, consultation des végétaux, consultation des esprits, des cadavres...

Les questions qui se posent et qui découlent encore du pluralisme des droits dans une logique de dialogue des cultures juridiques sont, d'un côté, l'articulation de modes de preuves coutumiers avec la justice moderne, et, de l'autre, en corollaire, le crédit accordé à chacun d'entre eux, crédit dont on comprend bien qu'il est d'autant plus établi que l'autorité de justice qui y recourt n'est pas l'autorité officielle.

- Quelles sont alors les mécanismes de sanction de ces formes de criminalité ? Les sanctions naturelles et sociales sont indissociables car « il existe toujours la menace latente de la malédiction des forces divines⁹⁶⁶ ». Le principe de proportionnalité des délits et des peines existe, en quelque sorte, dans le système coutumier africain puisque est établie une échelle de sanctions en fonction de la gravité de l'atteinte. La différence réside dans l'appréciation de la gravité qui est ici entendue comme la perturbation de l'ordre cosmique et social⁹⁶⁷. Les sanctions de la justice coutumière peuvent donc être supranaturelles, patrimoniales, pénales, psychologiques, ou le recours à la guerre. Il faudrait nuancer encore par le degré de structuration de la société dans laquelle le crime est commis. « Dans les sociétés africaines structurées⁹⁶⁸, des sanctions plus politiques que sacrées sont rendues. Au contraire chez les groupes pygmées, des sanctions plus diffuses *s'expriment par le ridicule ou le mépris* »⁹⁶⁹.
- Quelles sont en conséquence les autorités répressives saisies ? Un faisceau d'indices relatif à la nature de l'atteinte, au coupable présumé (est-il connu ou non), aux preuves fournies, permet de déterminer s'il convient de saisir un devin, un prêtre, un arbitre ou un juge⁹⁷⁰. La procédure judiciaire est donc soit de droit coutumier, soit de droit moderne. Mais avec des finalités opposées : là où la procédure moderne vise à sanctionner et rétablir l'ordre social humain, la procédure coutumière tend à rétablir le pacte passé avec les divinités, pacte qui a été violé par le crime commis.

⁹⁶⁵ Ibidem, p. 217 et suiv.

⁹⁶⁶ Ibidem, p. 278.

⁹⁶⁷ Encore une fois c'est l'intérêt du groupe qui prime sur l'intérêt individuel ou particulier. « Dans tous les cas, le but ultime de la sanction sera la restauration de l'ordre cosmique perturbé par l'infraction », ibidem, p. 279.

⁹⁶⁸ Aux Comores de telles sanctions existent, mais aussi en Afrique centrale.

⁹⁶⁹ Ibidem, p. 280.

⁹⁷⁰ Ibidem, p. 178.

Ce « mode de répression indigène » se maintient donc, en matière criminelle, contrairement à l'Afrique de l'Ouest où il est interdit par décret. Il y a cependant d'autres hypothèses en Afrique centrale dans lesquelles plus qu'une coexistence, voire une exclusion entre les formes de justice, le pluralisme des droits a induit une hybridation des juridictions. Le Rwanda et le Burundi en sont deux exemples caractéristiques.

§2 : L'illustration de la coexistence des juges de l'hybridation et de la pluralité des droits applicables : l'exemple du Rwanda et du Burundi

159. Au début du 19^{ème} siècle, selon la formule bien connue de Benjamin Constant « la diversité c'est la vie, l'uniformité c'est la mort ». Le pluralisme devient une des valeurs fondatrices des sociétés modernes en plein éveil. En Afrique, le pluralisme a toujours été une valeur et son existence n'a jamais été remise en cause.

Ainsi, un exemple certainement plus connu et particulièrement illustratif de la coexistence des juges, de la pluralité des droits applicables et surtout de l'hybridation qui peut en résulter est celui de l'instauration des « gacaca au Rwanda », encore appelés « justice du gazon » car il s'agissait à l'origine d'un espace ouvert où les anciens de la famille s'asseyaient pour résoudre les conflits entre ses membres et avec des tiers⁹⁷¹. Aux Comores l'existence de ce type de justice est fondamental et prend un autre nom⁹⁷².

Depuis 2001, le Rwanda s'est doté d'institutions judiciaires gacaca pour juger les personnes physiques soupçonnées d'avoir pris part au génocide et commis des crimes contre l'humanité en 1994. Les gacaca sont indubitablement une juridiction issue du métissage entre la justice traditionnelle et la justice moderne, et la résultante d'une forme de dialogue des cultures, un peu particulier certes, mais de dialogue quand même, le législateur voulant s'appuyer sur l'existant (avec la légitimité de la coutume) pour sanctionner le nouveau (le crime de génocide).

Ce qu'il faut bien percevoir sous l'angle de la pluralité des sources et du dialogue des cultures, c'est l'évolution des gacaca. Cette justice était traditionnellement l'attribution du chef de la communauté ; le conseil des anciens entendait les parties et la décision était prise

⁹⁷¹ CHARLES NTAMPAKA, « Le retour à la tradition dans le règlement des différends, le gacaca », Dialogue, n° 186, 1995, p. 95-104.

⁹⁷² « Mnamza kidaho » en français, justice de la maison.

immédiatement et publiquement. Le gacaca condamnait à des amendes et à des dommages et intérêts. La logique étant celle de l'apaisement, quand l'amende consistait dans le versement de cruches de bière, la réconciliation se faisait par le partage de la bière par exemple. Mais la sanction pouvait être très sévère et aller jusqu'à l'exclusion de la famille du membre insoumis⁹⁷³.

Le pluralisme juridique et les forces de pénétration du droit occidental issu du pays colonisateur ont eu pour conséquence de permettre aux populations de recourir aux juridictions, le maintien des pratiques traditionnelles dans des domaines régis par le droit écrit étant considéré comme preuve de résistance de la population mais aussi comme signe d'incompréhension. Cela a fini par miner le système traditionnel gacaca et par favoriser le recours à la voie juridictionnelle dans le règlement de la plupart des conflits. La conséquence la plus importante et immédiate est la transformation de l'office des gacaca et une évolution de leurs pratiques : au lieu de recourir au chef de famille, les personnes en conflit demandent l'intervention de personnes influentes et professionnelles⁹⁷⁴.

Les tribunaux de canton, juridiction de base au Rwanda, ont obligé les personnes qui introduisent des recours à prendre l'avis des responsables administratifs locaux, faisant de ces derniers le passage obligé, sorte de filtre, avant de saisir les juridictions. Ainsi au lendemain de l'indépendance, et surtout à partir de 1975, « le gacaca est devenu une juridiction *arbitrale sous la direction d'un responsable administratif*⁹⁷⁵ ». Ce qui induit trois conséquences : d'abord, le déplacement de la signification de cette justice puisque les réunions familiales ne permettent plus la conciliation contrairement au recours aux autorités politiques et administratives ; ensuite, l'exécution sur place de la sentence arbitrale rendue par le gacaca⁹⁷⁶ ; enfin une juridictionnalisation toujours plus poussée du système puisque les compétences s'étendent aux conflits mineurs avec possibilité d'appel. La justice gacaca est désormais une véritable instance politique parallèle aux tribunaux éventuellement saisis par la suite d'une contestation. Et c'est du fait de la mutation de cette institution que « le législateur rwandais a décidé de recourir à ce système d'essence traditionnelle pour

⁹⁷³ CHARLES NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », op. cit., p. 53.

⁹⁷⁴ Enseignants, membres des administrations locales... Ibidem, p. 54-55.

⁹⁷⁵ Ibidem.

⁹⁷⁶ Un procès-verbal est dressé pour poursuivre éventuellement l'affaire devant le tribunal de canton.

résoudre le contentieux du génocide et des crimes contre l'humanité dans ce qu'il a appelé la justice participative⁹⁷⁷».

C'est ainsi que le 12 octobre 2000, devant les retards accumulés dans les contentieux issus du génocides, l'Assemblée nationale de transition vote une loi instituant les juridictions gacaca⁹⁷⁸, qui deviennent une forme de justice pénale inspirée du droit traditionnel rwandais « qui permet à la population, sans l'assistance d'un magistrat, de conduire des enquêtes, établir des preuves d'infractions, utiliser les témoignages et établir des sanctions⁹⁷⁹ ». Le gacaca nouveau, en raison de son rôle d'instruction, d'enquête et d'écoute prend la forme d'une sorte de Comité vérité mais aux attributions bien plus étendues, ne serait-ce que par le traitement judiciaire qu'il peut entreprendre. C'est le principe de l'hybridation qui sert de fil directeur aux gacaca : hybridation tant dans la composition⁹⁸⁰ que dans les procédures suivies qui s'inspirent à la fois du droit écrit⁹⁸¹ et des mécanismes coutumiers hérités des premières formes de gacaca.

Finalement, les gacaca représentent une justice d'inspiration traditionnelle qui juge de la participation à un crime de génocide au sens du droit pénal international moderne. Ce qui a pu poser bien entendu aussi la question de la complémentarité, une nouvelle fois, avec la justice pénale internationale et notamment le TPI pour le Rwanda. Quels sont les niveaux d'articulation ? Le travail des gacaca a-t-il servi ou freiné la justice pénale internationale ad hoc ? Et la sert-il encore aujourd'hui en dépit de la disparition du TPR ? Était-ce une sorte de pré-instruction ou un véritable travail de fond pour collecter les informations relatives aux auteurs de crimes⁹⁸² ? Là on comprend bien qu'une forme de complexité entre le pluralisme

⁹⁷⁷ CHARLES NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », op. cit. p. 55.

⁹⁷⁸ Loi organique n° 40/2000 du 26 janvier 2001 portant création des juridictions gacaca et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crime contre l'humanité, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, JO 2001, n° 6, p. 66 ; modifiée par la loi organique n° 33/2001 du 22 juin 2001, JO du 15 juillet 2001 n° 14, p. 15 ; et modifiée par la loi organique n° 16/2004 du 19 juin 2004, JO, 19 juin 2004, p. 59.

⁹⁷⁹ Ibidem, p. 56.

⁹⁸⁰ Assemblée populaire élue dans laquelle il n'y a ni procureur ni avocat, l'accusé étant face aux juges dans une séance publique à laquelle participe toute personne intéressée.

⁹⁸¹ Sont critiquées à la lumière du manque d'indépendance, de l'absence de contradiction suffisante, de la garantie des droits de la défense.

⁹⁸² Rappelons que la mission première assignée était de faire connaître la vérité par l'interrogation de témoins et d'éradiquer l'impunité par l'identification des criminels.

juridique et le dialogue des cultures, alors que ces composants pour être en mesure de garantir un bon fonctionnement des juridictions ne doivent pas conduire à la confusion.

Le dernier exemple intéressant de métissage des droits et de dialogue des cultures juridiques est celui des *bashingantahe* au Burundi⁹⁸³. La philosophie est proche de celle des *gacaca* traditionnels puisque le *bashingantahe* est une institution juridique et sociale de médiation qui tranche les différends au sein de la population dans un esprit de juridiction de proximité. Cette institution est reconnue par les pouvoirs coutumiers et par le Code burundais d'organisation et compétence judiciaire qui donne compétence aux *bashingantahe*⁹⁸⁴ le soin d'assister les juridictions⁹⁸⁵ que l'on pourrait qualifier de droit commun. Cette forme de justice traditionnelle n'est donc pas obligatoire, « sauf comme passage nécessaire vers les tribunaux⁹⁸⁶ » : les parties ne peuvent accéder au tribunal que si la conciliation a été épuisée et qu'elle a été un échec⁹⁸⁷. Mais elle apparaît comme essentielle au vu du « potentiel judiciaire » sur le territoire burundais, puisque la justice de l'Etat y est présente dans l'ensemble des 129 communes. A la base, les 134 tribunaux de résidence, qui comptent au minimum trois juges professionnels chacun, interviennent dans un très grand nombre de conflits du quotidien. La difficulté est que, depuis 2005, le choix du législateur s'est porté vers une plus grande professionnalisation de la justice de l'Etat et vers une remise en question du rôle des *bashingantahe* dont la fonction avait été fortement politisée par les régimes précédents⁹⁸⁸.

Dans toutes ces hypothèses, les cultures juridiques essayent de dialoguer. Le dialogue est parfois forcé ; il est en tout cas bien souvent dominé par la source de droit écrit, étatique, freinant toute tendance à l'internormativité. Et le juge, pivot de l'articulation des droits, a

⁹⁸³ CHARLES DE LESPINAY, « Valeurs traditionnelles, justice de proximité et institutions (Rwanda et Burundi) », in Emile Mworoha, « Construire l'Etat de droit », Paris, l'Harmattan, 2000 ; PHILIPPE NTAHOMBAYE, « L'institution des *Bashingantahe* en tant que mécanisme traditionnel de prévention et de résolution pacifique des conflits au Burundi », Unesco, 1966.

⁹⁸⁴ Visés sous le nom de Conseil de notables.

⁹⁸⁵ Les tribunaux de résidence, donc l'échelon le plus bas.

⁹⁸⁶ CHARLES NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », op. cit., p. 71.

⁹⁸⁷ Les échanges et les conclusions du Conseil de notables étant consignés dans un procès-verbal.

⁹⁸⁸ DOMINIK KOHLAGHEN, « Les *Bashingantahe* écartés de la loi : la place de la justice traditionnelle burundaise après la loi communale de 2010 », in Stefaan Marysse, Filip Reyntjens et Stef Vandeginste, « L'Afrique des Grands Lacs ». Annuaire 2009-2010, Paris, l'Harmattan, 2010. Sur ces questions, voir le récent rapport de Dominik Kohlaghen, « Les défis de la justice de proximité au Burundi ». Synthèse de la réflexion nationale de 2011, Bujumbura, Ministère de la Justice du Burundi, décembre 2011.

bien souvent du mal à agencer cette diversité juridique⁹⁸⁹, nonobstant le fait qu'il soit lui-même, parfois, objet de cette diversité. Faut-il s'en inquiéter ? Pas nécessairement. Mais cela révèle que le dialogue des cultures juridiques, sous son apparente richesse, est en réalité un défi permanent et sans cesse renouvelé qui interpelle l'Etat sur les difficultés de gestion de la pluralité des droits dans le respect de la diversité des cultures.

Un fait marquant, qui illustre bien l'ouverture des Comores à la diversité juridique ; la diversité juridique est le plus souvent possible lorsque dans un pays se retrouvent des citoyens d'origines ethniques différentes ou dont les croyances religieuses, les langues ou les coutumes sont différentes. De même, lorsque plusieurs pays se regroupent pour diverses raisons, économiques, politiques ou autres, on assiste aussi à une diversité juridique qui se manifeste par un droit supranational et un droit national. Ici on peut dire que le principe de pluralisme est étroitement lié au principe de subsidiarité, par exemple en Europe, au fondement de l'économie de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui implique de ce fait, une application décentralisée de celle-ci. On peut prendre pour exemple l'affaire « linguistique belge », dans cette affaire, la Cour européenne affirme qu'« elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instaurée par la Convention⁹⁹⁰ ». Ici on remarque une importante organisation juridique entre plusieurs pays, dont la survie réside dans le respect de la hiérarchisation entre droit national, et droit international.

Si on veut prendre par exemple le cas du Liban, la diversité se situe au niveau des croyances religieuses. La Constitution libanaise refuse toute altérité juridique, toute sorte de dialogue et s'est portée garante de l'autonomie de chaque communauté confessionnelle et leur a conféré le droit d'avoir leur propre statut personnel et d'être régies selon les dispositions de ce statut. La preuve de cette fermeture au dialogue, de ce pluralisme communautaire ont dérivé des pluralismes législatifs, juridiques et juridictionnels. La conséquence directe, est celle de l'existence de plusieurs codes de statut personnel : le code des communautés catholiques, le code de la communauté grecque orthodoxe, le code de la communauté arménienne orthodoxe, le code de la communauté syrienne orthodoxe, le code de la communauté évangélique, le code de la communauté israélite, le code de la

⁹⁸⁹ Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme, « promouvoir la diversité des cultures juridiques », Paris, Organisation internationale de la Francophonie, novembre 2011.

⁹⁹⁰ « Affaire linguistique belge », 23 juillet 1968, §10, GACEDH, n° 8.

communauté sunnite, le code de la communauté chiite, et enfin le code de la communauté druze.

Dès lors, chaque communauté confessionnelle a ses propres tribunaux qui connaissent des contentieux de ses propres sujets pour des questions de statut personnel. On peut les regrouper comme suit :

- Les tribunaux spirituels pour les communautés chrétienne et juive ;
- Les tribunaux Charia pour les communautés sunnite et chiite ;
- Les tribunaux mazhabia pour la communauté druze.

Ces tribunaux ont une organisation spécifique et appliquent un système juridique qui leur est propre. Les matières qui relèvent des tribunaux chrétiens sont les suivantes : les fiançailles, le mariage⁹⁹¹, la pension alimentaire, la garde, le mahr, la dot et le trousseau, la filiation, l'adoption, la puissance parentale, la tutelle, le wakf et des questions relatives à la capacité des prêtres à leurs successions, etc. Les tribunaux musulmans ont, de plus compétence en matière de legs et de successions.

Par conséquent, les Libanais sont soumis, selon leur religion, à des lois successorales et à des instances juridiques différentes. Ainsi, chez les communautés non musulmanes, l'homme et la femme héritent également. Les tribunaux musulmans constituent l'une des branches de la justice étatique. Les juges de ces tribunaux sont soumis théoriquement au contrôle du ministre de la Justice alors que les tribunaux des communautés non musulmanes demeurent extérieurs à l'autorité de l'Etat, dont le contrôle se limite à l'examen de leur compétence au moment de l'exécution de leurs décisions.

Lorsqu'une matière est de la compétence des tribunaux religieux, le juge civil se déclarera incompétent et n'aura donc pas à appliquer la loi en cette matière ou à l'interpréter. Cependant, il demeure compétent pour l'exécution des décisions émanant des tribunaux religieux, et la Cour de cassation en assemblée plénière a compétence pour régler un conflit entre des tribunaux religieux ou entre un tribunal civil et un tribunal religieux. De même, on peut lui demander d'annuler une décision émanant d'un tribunal religieux en dernier ressort lorsqu'elle a été rendue par un tribunal incompétent ou par un tribunal qui n'a pas respecté des règles procédurales d'ordre public. Dans une décision du 15 octobre 1963, la Cour de

⁹⁹¹ Conclusion, divorce et ou séparation.

cassation a indiqué que « *ne constituait pas une violation d'une règle de forme d'ordre public* la mauvaise application ou interprétation du droit faite par un tribunal religieux même si *cette contravention est d'ordre public* »⁹⁹².

Par ailleurs, on constate une diversité juridique en ce qui concerne les banques. La loi du 11 février 2004⁹⁹³ a fait en sorte que le régime juridique qui gouverne les banques n'est pas uniforme. Les banques islamiques ne sont pas tenues de se conformer à certaines dispositions du code du crédit et de la monnaie. Leurs obligations vis-à-vis de leurs clients diffèrent aussi de la relation normale entre banque et client afin de pouvoir respecter les préceptes de la charia.

Au niveau de la diversité supranationale, en vertu du code de procédure civile, le juge doit respecter la hiérarchie juridique et ainsi une convention internationale sera préférée en cas de conflit entre celle-ci et un texte de loi.

La Constitution libanaise reconnaît les droits fondamentaux et les libertés publiques, notamment l'égalité des citoyens, les libertés de croyance, d'expression, d'éducation, le droit de propriété et d'accès aux fonctions publiques. Ainsi, une disposition législative contraire à la Constitution ne sera pas appliquée par le juge et on peut même demander son annulation devant le tribunal constitutionnel. Toutefois, il sera difficile d'invoquer l'article 7 de la Constitution qui garantit l'égalité des citoyens pour invalider une loi religieuse qui contrevient à l'égalité, en raison de l'article 9 de la Constitution qui impose à l'Etat de respecter les statuts personnels de toutes les communautés.

Cette problématique existe chaque fois que l'Etat accorde à des groupements, dans le souci de respecter leurs coutumes et croyances, le droit d'avoir leurs propres lois et leurs propres tribunaux dans un ou plusieurs domaines donnés car, malheureusement, ces croyances et coutumes ne sont pas toujours en harmonie avec les principes fondamentaux, notamment l'égalité ou la non-discrimination en raison de la race, de la religion ou du sexe. En pratique, le juge chargé de l'exécution des décisions émanant des tribunaux religieux refusera de recourir à la force publique si la décision contrevient de manière flagrante aux droits et libertés consacrés par la Constitution.

⁹⁹² CA Beyrouth, 22-6-1978, Recueil Hatem, vol. 169, p. 1370.

⁹⁹³ Loi n° 575 du 11 février 2004 relative à la constitution des banques islamiques au Liban.

Vu l'incompétence du juge civil dans les matières relevant de la compétence des communautés religieuses, il sera rare d'assister à un dialogue entre le droit religieux et le droit civil. Néanmoins, ce dialogue pourrait exister au niveau de l'application des régimes différents qui gouvernent les banques. La diversité juridique interne n'a pas une grande influence sur le travail du juge.

La diversité juridique au niveau supranational est réglée hiérarchiquement. Il n'en demeure pas moins que le juge dans les causes qui sont devant lui et qui relèvent de sa compétence aura recours en cas d'absence de textes claires à des principes qu'il retrouvera dans le droit religieux ou supranational, dans les coutumes ou même dans une loi ou jurisprudence étrangère dont s'est inspiré le législateur national. Par exemple, pour décider du taux légal d'intérêt, le juge appliquera la *medjalla*⁹⁹⁴. Il recherchera souvent dans la jurisprudence française des solutions en cas d'absence de solutions jurisprudentielles libanaises. Certains principes de common law pourront même être exposés lors de l'application ou de l'interprétation d'une convention internationale dans laquelle l'influence de la common law s'est fait ressentir, tel le *hardship*. Par ailleurs, certains avocats soulèvent l'estoppel dans leur défense.

Une dernière remarque mérite d'être exposée ici à propos de la diversité juridique aux Comores. On a vu haut et maintes fois que l'existence de plusieurs normes différentes au sein d'un même territoire, implique le plus souvent la présence au sein dudit territoire de plusieurs ethnies différentes, par exemple le cas du Liban, la Burundi, le Rwanda, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, etc. Aux Comores la tendance n'est pas la même, une même population, une seule religion d'ailleurs déclarée par la Constitution comme étant la religion de l'Etat⁹⁹⁵. Mais un pluralisme juridique exacerbé, est ce qui fait bien l'originalité de la diversité juridique des Comores. Cette diversité juridique, au sein des Comores, est due à la colonisation, mais aussi, une conséquence de la mondialisation voire même l'universalisation du phénomène « *d'acculturation juridique* ».

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la diversité se situe au niveau des cultures juridiques propres à chaque Etat au sein du continent africain, ainsi qu'au niveau des cultures juridiques au sein d'un même Etat. Si dans le premier cas la diversité est une source de

⁹⁹⁴ Code Ottman.

⁹⁹⁵ Préambule de la Constitution du 23 décembre 2001, révisée par la loi référendaire du 17 mai 2009 dans son article 1.

richesse, de dialogue, de démocratie et de respect de l'autre, n'est pas sans poser des problèmes dans le second cas. En effet, la diversité juridique implique un pluralisme au niveau du droit substantif et au niveau des juridictions.

Au niveau du droit substantiel, si la diversité a pour avantage de respecter les coutumes et croyances diverses, elle a pour inconvénient d'entraîner une discrimination entre les divers citoyens, de favoriser l'absence d'un Etat de droit uniforme où chaque citoyen sait parfaitement quels sont ses droits et ses obligations et que ce sont les mêmes que ceux auxquels sont soumis les autres citoyens, de faire perdurer des coutumes et usages désuets qui ne s'adaptent plus aux sociétés modernes, de heurter les droits fondamentaux et d'empêcher une meilleure cohésion sociale entre les divers groupes.

Au Liban par exemple, les droits communautaires sont souvent figés, immobiles et inadaptés aux besoins de la société. L'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas respectée, l'égalité entre des citoyens appartenant à l'une ou à l'autre des confessions non plus.

Le juge comorien doit faire face à d'autres normes qui elles, ont une dimension internationales.

Chapitre II : Le juge comorien face aux normes internationales

160. Le juge comorien n'est pas seulement confronté à un conflit de lois internes, par l'existence de plusieurs règles de droit applicables au sein du territoire, mais aussi, il est confronté aux textes internationaux qui viennent s'ajouter à ceux dits internes. La Constitution comorienne ne dit rien en ce qui concerne la place de ces textes internationaux vis-à-vis des règles de droit internes. Et comme, aucun texte ne prévoit cette hiérarchie entre normes internationales et règles de droit internes, on va rechercher cela chez son homologue français. C'est pour dire que là où les textes comoriens ne disent rien, le droit positif français, reste le régime général de droit commun. En effet, la Constitution française du 4 octobre 1958, tranche cette question dans son article 55 qui dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle *des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre* ». Cette disposition de la Constitution française a une portée générale, voire une valeur universelle. Ce qui implique de relever que les textes internationaux ont dès leur ratification valeur supérieure par rapport aux normes qui lui sont inférieures. Donc, le législateur comorien en ratifiant ces textes entend mettre le droit interne en bas de la hiérarchie des normes entre normes internationales et normes internes. Pour comprendre la complexité du droit comorien face aux normes internationales, nous allons tout au long de ce chapitre aborder deux questions : la première celle du juge face aux textes internationaux de portée générale (Section 1) et le juge face aux textes régionaux (section2)

Section 1 : Le juge comorien face aux textes internationaux

161. Sur la question du juge face aux textes internationaux, on a fait le choix de deux conventions : l'une relative au pacte international relatif aux droits civils et politiques (§1) et le juge face à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 (§2)

§1 Face au pacte international relatif aux droits civils et politiques

162. Le 25 septembre 2005, les Comores ont ratifié le pacte international relatif aux droits civils et politiques. En ratifiant une telle charte, les Comores veulent affirmer leurs intérêts à respecter des droits et devoirs inhérents à la personne humaine. Tel est le considérant de base « Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des nations unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille

humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Les Comores affirment leur engouement en matière de respect de la dignité humaine. Reste à s'interroger sur l'efficacité de ce pacte en droit interne. L'application du pacte international relatif aux droits civils et politiques en droit interne nous amène à nous interroger sur les motivations des Etats et notamment les Comores, lors de la signature du pacte. Cette ratification est-elle liée à une réelle volonté de l'Etat comorien d'assurer une protection supplémentaire à leurs ressortissants ou bien est-elle seulement un instrument utilisé à des fins politiques sur la scène internationale ? Deux facteurs au moins sont aptes à limiter l'efficacité du pacte en droit interne : le premier est le mécanisme des réserves (A), le deuxième est l'applicabilité du traité (B)

A- Le mécanisme des réserves : un instrument courant du droit international

163. L'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁹⁶ permet à un Etat de formuler une ou plusieurs réserves lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à un traité dès lors que cette réserve n'est pas interdite par le traité ou n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité. Les réserves donnent ainsi la possibilité à un Etat d'exclure l'application d'une norme et restreignent donc le champ d'application du traité en droit interne. Il s'ensuit que de très nombreuses réserves amènent à remettre en question la motivation de l'Etat lors de la ratification du traité. Les réserves qui remettent en cause l'objet et le but du traité sont en outre problématiques. C'est par exemple le cas d'une réserve des Comores relative à l'article 6 du pacte portant sur un droit indérogeable qui est le droit à la vie : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie⁹⁹⁷ ». Par exemple, l'article 6 alinéa 5 interdit toute sentence de mort pour des personnes âgées de moins de 18 ans. La réserve des Comores stipule que « les Comores se réservent le droit de prononcer la peine de mort contre toute personne y compris pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans⁹⁹⁸ ». Il y a donc ici contradiction entre l'obligation que veut imposer le pacte pour le respect d'un droit fondamental, inaliénable et indérogeable et son application en droit interne du fait de la réserve.

⁹⁹⁶ Article 19 Convention de Vienne du 23 mai 1969.

⁹⁹⁷ Article 6 alinéa 1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

⁹⁹⁸ Il faut noter que les Etats Unis ont eux aussi émis cette réserve du fait de l'application de la peine de mort.

Les Comores, nonobstant son engagement sur le terrain international à respecter des valeurs universelles reconnues par le monde, est un pays musulman, qui s'attachent aux valeurs de l'islam et qui appliquent une partie du droit issu de la législation islamique. Le Code pénal comorien, prévoit l'application de la peine de mort, une application uniforme à tout âge car ladite disposition s'inspire du Coran et que le Coran interdit une application partielle et discriminatoire entre les musulmans sur une telle règle. Sur ce point, le juge comorien est appelé à respecter cette disposition issue du Coran⁹⁹⁹ même si elle entre en contradiction avec une règle internationale.

Le Comité des Droits de l'homme a donc consacré une observation générale¹⁰⁰⁰ à ce problème et déclare qu'en raison du caractère particulier d'un instrument relatif aux Droits de l'homme, la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité doit être établie objectivement en se référant à des principes juridiques. « Si la réserve est inacceptable, le *pacte et la disposition concernée s'appliqueront à l'Etat qui en est l'auteur* ». Cette observation a le mérite de réserves mais soulève une question : peut-on imposer une disposition à un Etat souverain, même dans le cadre du respect des droits de l'homme, alors que ce dernier l'a explicitement refusée ? Cette réserve contraire aux obligations issues du pacte est problématique¹⁰⁰¹.

Les réserves peuvent donc bien réduire l'impact du pacte en droit interne mais ce dernier retrouve toute son efficacité lorsqu'une décision de droit interne en accord avec le pacte rend la réserve inopérante. Se pose aussi la question de l'applicabilité du traité.

⁹⁹⁹ Il faut noter que malgré l'existence de ladite disposition de la peine de mort, certains criminels ont écopé de cette peine maximale et d'autres se trouvent aujourd'hui sur les rues de Moroni entrain de se promener.

¹⁰⁰⁰ Observation générale n° 24, DOC NU, CCPR/C/21/Rev. 1/ADD.6. 1969

¹⁰⁰¹ Aux Etats Unis, dans un arrêt du 1^{er} mars 2005, *Roper c. Simmons*, la Cour suprême des Etats Unis a été amenée à effectuer un revirement de jurisprudence et à statuer que l'exécution de mineurs délinquants âgés de seize et dix sept ans bafouait la Constitution des Etats Unis. Dans son arrêt, elle précise en outre avoir pris en considération les évolutions sur ce sujet à l'échelon national et international.

B- La question de l'applicabilité du traité

164. L'article 40 du pacte, demande aux Etats parties de soumettre des rapports au Comité des droits de l'homme sur les mesures qu'ils ont arrêtées pour donner effet aux droits garantis. Des préoccupations avaient été exprimées, à propos des Etats déjà parties au Pacte, lors de la 36^e session de l'Assemblée générale, par des délégués à la troisième Commission, chargée des questions humanitaires¹⁰⁰². Parmi les points essentiels traités dans cette session, c'est la recherche par le secrétariat des moyens de fournir une assistance technique dans le domaine juridique des Etats parties qui, en raison du manque de spécialistes, éprouveraient des difficultés à remplir leurs obligations en matière de soumission de rapports¹⁰⁰³.

Les moyens envisagés par le secteur compétent du Secrétariat de l'O.N.U, le Centre pour les droits de l'homme, qui assure le secrétariat du Comité des droits de l'homme, comprennent :

- Des cours de formation, pour une région ou une sous-région déterminée, à l'intention des fonctionnaires chargés de faire appliquer, en particulier, les pactes¹⁰⁰⁴.
- Des bourses de perfectionnement dans le domaine des droits de l'homme, pour des fonctionnaires, notamment de pays en voie de développement, ayant pour tâche d'établir et de présenter des rapports sur l'application des pactes¹⁰⁰⁵.
- Des séminaires où seraient échangées les expériences nationales en matière d'application des pactes¹⁰⁰⁶.
- Des moyens de promouvoir l'enseignement des droits de l'homme, en particulier sur des questions touchant à l'application des pactes, dont le texte devrait être largement diffusé dans plusieurs langues¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² Cf. Rapport du Comité des droits de l'homme A/38/40 § 30.

¹⁰⁰³ Ibid., § 43.

¹⁰⁰⁴ Un programme de bourses existe dans le cadre des services consultatifs du Centre. Cf. Rapport E/CN.4/1985/36.

¹⁰⁰⁵ Un stage de formation sur l'établissement et la présentation des rapports, pour des fonctionnaires de ministères de la justice et des relations extérieures a été organisé en avril-mai 1985.

¹⁰⁰⁶ Le Centre a organisé en juin-juillet 1983 à Genève un Séminaire sur l'expérience de différents pays dans la mise en œuvre des normes internationales relatives aux droits de l'homme.

¹⁰⁰⁷ Cf. E/CN.4/1985/30, op. cit. note 28 supra.

Il faut noter que les problèmes d'applicabilité du traité sont liés à des considérations et pratiques traditionnelles de chaque pays. Il serait préférable, avant de faire adopter des textes internationaux, de demander à ce que le droit des Etats soient révisé afin de faire en sorte qu'ils puissent se conformer à des tels engagements. Il est à noter aussi que le principe de subsidiarité est fondamental, et que le citoyen victime d'atteinte à un droit a mal à se faire satisfaire par les juridictions nationales de son ressort. Il s'agit d'une phase essentielle car pour saisir une instance supra-nationale, il faut avoir épuisé toutes les voies de recours internes. Ce principe de subsidiarité vise en effet à ménager la souveraineté et la susceptibilité des Etats en leur permettant de remédier par leurs propres ressources juridiques aux situations attentatoires aux droits de l'homme. Quand un juge saisi d'une affaire relevant du traité dont un citoyen est victime et garde le silence, cela montre que ces derniers n'ont pas compris le sens et la portée d'une Convention internationale.

Dans une société où les femmes ont pendant longtemps été victimes de plusieurs droits du caractère traditionnel de la société, il a été nécessaire que le pays entre dans la modernité en accordant des droits et libertés à la femme et en luttant contre toute forme de discrimination à son égard. D'où la nécessité d'adhérer à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination pour donner une image autre à la femme que celle qu'elle avait avant.

§2 Face à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979

165. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, faite à New-York le 1^{er} mars 1980¹⁰⁰⁸, réaffirme la foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine et dans l'égalité des droits de l'homme et de la femme. Elle affirme le principe de la non-discrimination et proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit et que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de sexe. Cela signifie que tous les Etats parties à ladite Convention ont l'obligation d'assurer l'égalité des droits de l'homme et de la femme

¹⁰⁰⁸ La Convention a été ratifiée par plusieurs pays africains et européens. La France l'a ratifiée à l'issue de la loi n° 83. 561 du 1^{er} juillet 1983, publiée au JO par le décret n° 83. 193 du 12 mars 1984. Elle est entrée en vigueur à l'égard de la France le 13 janvier 1984. Elle est adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/80 du 18 décembre 1979, ratifiée par les Comores par décret n° 94/076/PR en 1994.

dans l'exercice de tous les droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques. En adoptant une telle Convention l'Etat s'engage à respecter les droits de la femme et d'accorder une protection de la femme vis-à-vis des atteintes proférée contre elle dans la vie de tous les jours. L'objet de cette partie ce n'est pas de faire un panorama de toutes les discriminations dont est victime la femme, mais de montrer quelques points fondamentaux attestant de la discrimination à l'égard de celle-ci et de voir le rôle du juge dans toutes ces atteintes là. Il faut noter que les agressions sexuelles doivent être considérées comme l'un des problèmes de droits de l'homme les plus graves de notre époque. Le fait qu'elles soient passées sous silence n'est pas une excuse pour faire comme si elles n'existaient pas. Au contraire, protéger les femmes contre cette menace devrait être une priorité politique. Avant de parler de la non-discrimination à l'égard des femmes, il faut surtout parler de discrimination déjà en matière de représentation politique entre hommes et femmes (A) et aussi sur les violences domestiques dont elles sont victimes (B)

A- La représentation politique des femmes et des hommes

166. Dans toute l'Afrique, la représentation du pouvoir entre hommes et femmes reste déséquilibrée¹⁰⁰⁹. Fait intéressant, depuis 2006, les Comores et notamment le pouvoir politique a défini un seuil précis. Il a indiqué que la participation équilibrée des femmes et des hommes suppose que la représentation de chacun des deux sexes au sein d'une instance décisionnaire ne soit pas inférieure à 5%. Dans quelle mesure les Comores ont-elles avancé sur cette question ?

Les progrès sont lents¹⁰¹⁰. La représentation moyenne des femmes dans les gouvernements des Comores est bien inférieure à 5% et ne respecte pas les engagements de l'Etat à respecter l'égalité hommes, femmes. Depuis 2006, on dénombre 2 femmes qui ont participé au gouvernement, de plus, on leur confie généralement des portefeuilles considérés

¹⁰⁰⁹ A noter que ce problème est purement mondial, même en Europe, le Conseil de l'Europe a élaboré en 2003 une recommandation importante sur le sujet. Le Comité des Ministres a reconnu qu'il était nécessaire de favoriser « la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique ». L'idée était d'ouvrir aux femmes la porte des instances décisionnelles. Recommandation Rec (2003), du 12 mars 2003.

¹⁰¹⁰ Il faut noter qu'en Europe, seuls quatre pays ont dépassé le seuil de 40% fixé de femmes dans leur parlement : la Suède, l'Irlande, les Pays-Bas et la Finlande. Les femmes sont représentées dans une proportion supérieure à 30% dans sept pays : Norvège, Belgique, Danemark, Espagne, Andorre, Allemagne et l'ex-République Yougoslave de Macédoine. Les données arrêtées au 30 septembre 2010, sont fournies par l'Union interparlementaire et tirées des rapports des parlements nationaux .

comme moins importants¹⁰¹¹. Il faut certes, progresser, mais pour progresser sur ces questions, il faut adopter des mesures visant spécifiquement à stimuler et à encourager chez les femmes la volonté de participer à la prise de décision dans la vie politique et publique. Ces mesures sont particulièrement nécessaires et surtout dans un pays caractérisé par la persistance de mentalités patriarcales, où les femmes continuent d'être tenues à l'écart du pouvoir. Il est certes, difficile d'engager une telle égalité dans un pays où l'adage selon lequel « *Une cité gouvernée par une femme n'évolue jamais*¹⁰¹² » est une idée fondamentale. Des politiques sociales et familiales qui aident les femmes à reprendre une activité professionnelle après avoir eu des enfants sont utiles car une femme qui travaille se sent généralement plus apte à participer à la vie politique¹⁰¹³.

Lors d'un discours télévisé de l'ancien chef d'Etat Sambi, en date de 2010 « qui fait croire aux peuple que la femme victimes d'une discrimination de quelque nature que ce soit, pouvait saisir les juridictions judiciaires pour faire entendre sa cause ». Mais cette déclaration est plus sémentique que productive, car le juge comorien a refusé maintes fois de donner suite à certaines demandes en la matière de peur de mettre le régime dans une situation de non-respect des conventions.

L'Etat doit aller plus loin et fixer des quotas précis en définissant d'objectifs assortis de délais pour parvenir à une participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique parce que « *l'adoption par les Etats parties de mesures spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes*¹⁰¹⁴ ». Est-il facile de fixer des quotas sans être aussi discriminatoire ? Le problème des quotas, c'est qu'ils peuvent engendrer une forme de discrimination contre les personnes qu'ils excluent. On fait aussi valoir que les personnes

¹⁰¹¹ En Europe, la représentation des femmes est bien inférieure à un tiers. Seuls le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège, l'Espagne et la Suède sont parvenus au fil des ans à un équilibre presque parfait entre hommes et femmes, bien que les ministères clés sont généralement confiés à des hommes.

¹⁰¹² Il s'agit d'un adage hérité de l'islam selon lequel : « une femme n'a pas à exercer de fonctions décisionnaires » car elle est inférieure à l'homme et ses décisions sont sujettes d'erreurs.

¹⁰¹³ En Europe, on enregistre des progrès dans ce domaine. Par exemple des signes encourageant ont été relevés en Turquie où les femmes qui aspirent à des postes politiques sont plus nombreuses alors que le pays s'inspire des valeurs islamiques.

¹⁰¹⁴ Article 4, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1980.

favorisées par l'établissement d'objectifs de ce genre pourraient ne pas être pleinement respectées, et n'être vues que comme ayant obtenu leur poste sur d'autres critères que le mérite. Autre argument avancé : si un objectif n'est pas assez ambitieux, il ne fait que maintenir le statut quo.

Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier : « le droit au travail en tant que droit inaliénable de tous les êtres humains¹⁰¹⁵ ». Il est certes, important d'assurer cette égalité, mais il faut les moyens pour la faire respecter. Il faut savoir qu'aux Comores les personnes victimes de discrimination en matière d'emploi, sont a priori les femmes. Cette discrimination est bien voulue car, la femme est dès sa naissance considérée par la société comme étant une machine à produire et non un être humain comme les autres capables de réussir des études et d'occuper les mêmes postes que les hommes. Aucun cadre juridique n'est fixé pour faire en sorte que ces stéréotypes puissent évoluer mis fin par l'élaboration de mesures comme en France obligeant les hommes comme les femmes à être scolarisés au moins jusqu'à tel ou tel âge¹⁰¹⁶.

L'alinéa 2 du même article, dispose que le femme a « le droit au libre choix de la profession et de l'emploi, le droit à la promotion, à la stabilité de l'emploi et à toutes les prestations et conditions de travail, le droit à la formation professionnelle et au recyclage, y compris l'apprentissage, le perfectionnement professionnel », force est de constater que nombreuses, sont les femmes victimes de harcèlement dans les milieux de travail, il est impossible d'admettre qu'elles bénéficient d'une véritable protection vis-à-vis de la Convention et qu'elles exercent leurs fonctions avec une certaine stabilité. A noter aussi que certaines fonctions sont difficiles d'accès par les femmes du fait de la nécessité pour elle d'adopter tel ou tel comportement vestimentaire.

Curieux aussi est cet alinéa 5 qui prévoit « le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction ». A noter qu'en Union des Comores, il n'existe pas de sécurité sociale, toute personne malade

¹⁰¹⁵ Article 11 alinéa 1 de la Convention.

¹⁰¹⁶ Fixé la scolarité obligatoire jusqu'à l'âge de 16 ans serait une bonne idée, pour lutter contre cette forme de discrimination.

qu'elle soit travailleuse ou pas, doit payer à ses frais personnels tous ses soins. Encore, il faut noter la cherté de la médecine aux Comores, au point que la population préfère partir se faire soigner (bien sûr ceux qui en ont les moyens) à l'étranger.

Les licenciements sont de plus en plus nombreux, aucune indemnisation n'est possible et le juge reste muet vis-à-vis de toutes ces atteintes graves contre lesquelles le pays s'est engagé à lutter.

Certes, la discrimination positive peut avoir des effets négatifs et ne devrait donc être utilisée que lorsque cela se justifie objectivement. Mais l'idée qui préside à ces mesures est néanmoins essentielle : il s'agit de compenser et d'éradiquer une discrimination persistante et de briser les habitudes et les perceptions qui perpétuent l'inégalité. La règle des quotas peut, contribuer réellement à faire évoluer les mentalités, et donc à favoriser la parité. De ce fait, pour donner à cet objectif une valeur sûre, il faut procéder à une constitutionnalisation du principe et donner au juge la possibilité de connaître les litiges¹⁰¹⁷ entre administration et particuliers¹⁰¹⁸.

Cette question de la représentation politique des femmes est importante pour les raisons suivantes :

- Cette participation équilibrée fait partie intégrante des droits fondamentaux et elle représente un élément de justice sociale ;
- C'est une question de démocratie réelle, une société où la moitié de la population est largement exclue de participation politique n'est pas vraiment démocratique.
- Une participation équilibrée évite le gaspillage de ressources humaines, notamment intellectuelles.

¹⁰¹⁷ En Europe, il est rare que la loi impose des quotas ; les Etats ont plutôt tendance à expérimenter des formes de fixation d'objectifs sur la base du volontariat. Parfois, la seule menace de dispositions contraignantes suffit à inciter les partis politiques à repenser leurs procédures de désignation des candidats. En Espagne et dans d'autres pays, le tournant a eu lieu dans les partis politiques. Certains d'entre eux ont par exemple décidé que, sur leurs listes, un candidat sur deux devait être une femme.

¹⁰¹⁸ Nombreuses sont les femmes qui ont porté plainte en déclarant être harcelée par leur hiérarchie, mais que leurs actions n'ont abouti à rien et sont restées victimes de discrimination.

La participation équilibrée « *contribuerait non seulement à accroître l'efficacité du processus et la qualité des décisions prises, grâce à la redéfinition des priorités et à la prise en compte de préoccupations nouvelles, mais également à une meilleure qualité de vie pour tous*¹⁰¹⁹ ». D'autres situations dont les femmes sont victimes, la violence domestique.

B- Les violences domestiques à l'égard des femmes

167. « *Les violences domestiques demeurent un fléau de la société. Aujourd'hui encore, en dépit de toutes les conférences et déclarations internationales, des femmes sont battues dans leur propre famille. Il est évident qu'il faudra longtemps pour mettre un terme à ces abus et à ces mauvais traitements. C'est pourquoi des efforts accrus, au-delà des mots, sont plus que jamais nécessaires au niveau des pouvoirs publics, nationaux et locaux*¹⁰²⁰ ». Il faudra laisser au juge la possibilité de poursuivre en toute impartialité et indépendance, toute femme victime de violence de quelque nature que ce soit.

Au cours de mes rencontres avec la population et notamment des responsables politiques importants qui sont la plupart des hommes, certains prennent la mesure de l'importance de la question alors que d'autres font preuve d'une désinvolture déplacée. « Ce problème ne se pose pas dans notre archipel », affirment-ils. D'ailleurs, ils ne se contentent pas toujours d'éluder la question ; certains d'entre eux font des plaisanteries machistes qu'on souhaiterait ne plus entendre aujourd'hui.

La violence domestique est un problème dans tous les pays des plus civilisés au moins civilisés. Les structures d'accueil des femmes, dans les pays où elles existent, ont démontré leur utilité pour éviter des tragédies plus grandes encore que les violences. Je suis bien convaincu de l'utilité des plaignantes qui préfèrent s'adresser aux muftis pour demander résolution au lieu d'aller chez le juge étatique, qui, normalement était le seul habilité à régler de tels litiges. Le juge étatique n'a jamais su donner satisfaction aux plaignantes. Bien que le mufti joue un rôle important dans la société traditionnelle comorienne, ses résolutions résident dans la recherche perpétuelle d'une entente entre l'homme et la femme et non un moyen dissuasif pouvant mettre fin à la reproduction de ces actes.

¹⁰¹⁹ Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ; octobre 2011.

¹⁰²⁰ Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme en Europe : la complaisance n'a pas de place », octobre 2011.

Il faut noter qu'aux Comores il existe pas de structures d'accueil des femmes victimes de violence, par conséquent les pouvoirs publics ont le devoir d'offrir leur assistance et leur coopération à ces victimes, en essayant de créer de structures de droits habilitées à engager des actions judiciaires de nature à faire connaître aux juges ces violences dont les femmes sont victimes et de pouvoir juger leurs auteurs. En complément de leurs activités qui doivent être considérées comme une mesure d'urgence, prise à titre provisoire, des mesures d'aide sociale et de protection sont aussi nécessaires.

Il est souvent difficile pour les juges de trancher de telles questions, car la première solution est de séparer les deux lorsqu'il s'agit d'un couple, mais telle solution est contraire même à la tradition qui punit sévèrement tout acte de nature à entraîner un divorce, qu'il soit perpétré par un simple individu ou un juge. Le juge préfère envoyer la plaignante aux notables afin qu'elle puisse être entendue et avoir obtenir gain de cause.

Un autre problème mérite d'être soulevé ici, celui de la non-reconnaissance d'une femme comme témoin alors que ces violences sont le plus souvent faites contre les femmes devant d'autres femmes. Une femme a de mal à faire entendre sa cause, la preuve, est que une femme victime de tout acte d'atteinte à sa dignité doit pour se faire croire, se faire représenter par un membre de sa famille. Ceci étant, le témoignage d'une femme est interdite dans la tradition musulmane.

S'agoute à ces violences domestiques, les viols qui, eux ne sont pour la plupart pas signalés, surtout quand leurs victimes sont des femmes mais encore moins les hommes. D'autres femmes ne signalent pas le viol s'il est perpétré par un membre de leur famille ou un de leur proches, par exemple leur mari, concubin ou ex-partenaire, père, beau-père ou autre. Dans ces circonstances, il est d'autant plus difficile à la victime de contacter la police, ou d'intenter une action judiciaire par crainte de représailles ou des conséquences que cela peut avoir sur elle ou ses proches.

Celles qui osent parler ne sont pas toujours écoutées comme il le faudrait dans les commissariats ou lors de procès. Trop souvent, les victimes sont interrogées sans ménagement par des fonctionnaires qui comprennent mal les aspects traumatisants de ces crimes. C'est là encore une raison de garder le silence. Le juge quand il était saisi, ne donnait pas satisfaction à la victime, ce qui engendre comme conséquences pour certaines familles dont leurs filles soient l'objet de viol, de recourir à la loi talion en faisant tourner le violeur

partout dans les villes des Comores pour le faire connaître. De telles solutions ne sont pas souhaitables dans un pays de droit, doté d'une justice dont les fondements sont le droit à un procès équitable et à un juge impartial et indépendant.

Malgré l'amélioration considérable de la législation comorienne sur les agressions sexuelles et surtout sur mineurs, les procédures judiciaires ne sont pas généralement adaptées à la gravité de cette infraction et à ses conséquences psychologiques pour les victimes. Le procès lui-même, s'il a été engagé, peut les obliger à revivre une expérience très épouvante et la confrontation avec l'auteur peut s'avérer extrêmement traumatisante¹⁰²¹.

De plus, dans les affaires finalement portées devant les tribunaux, en dépit de ces obstacles, le nombre de condamnations reste très faible. Le plus souvent, les auteurs sont impunis, ce qui peut porter un coup très dur aux femmes qui se sont risquées à dénoncer un crime et dissuader d'autres victimes d'entamer elles aussi des poursuites. Il est nécessaire d'enquêter sur les raisons du faible nombre de condamnations dans les affaires portées en justice et de remédier à ce problème grave.

Tros souvent, au cours du procès, la crédibilité de la femme est mise en cause mal à propos. Il n'est pas rare que le comportement de la victime, voire sa tenue vestimentaire, soient indûment évoqués au cours de la procédure pour laisser entendre qu'elle a elle-même provoqué son agression, qu'elle « *l'a bien cherché* ». En l'occurrence, on rejette la faute, au moins en partie, sur la victime.

C'est inacceptable. Il faut dire clairement que tout rapport sexuel nécessite toujours le libre consentement de chacun. Ce principe doit prévaloir non seulement dans le droit mais aussi, concrètement, dans les procédures judiciaires. Le fait que deux personnes soient mariées ou vivent ensemble ne justifie pas les abus sexuels. Aucun type de relation ne dispense du principe de libre consentement. Le consentement doit être réel. La liberté de choix doit être authentique afin que la participation à l'acte soit vraiment volontaire. L'absence de violence n'est pas en soi un critère suffisant pour démontrer le consentement. Un rapport sexuel accompli sous la menace de violence ou d'autres circonstances coercitives devrait être considéré comme un viol. La résistance physique de la femme à son agresseur ne devrait pas être un critère ; s'il se peut qu'elle n'ait pas été en mesure physiquement de le faire, paralysée par la peur ou soumise à un chantage.

¹⁰²¹ Il faut noter que de nombreuses victimes de telle atteinte, préfèrent se suicider.

La Cour européenne des droits de l'homme a analysé ces questions dans une affaire relative à la réponse de la justice dans une affaire de viol : « La Cour est convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve *qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité* des auteurs de certains types de viol et par conséquent de *compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu*. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque *la victime n'a pas opposé de résistance physique*¹⁰²² ».

De récentes décisions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe abondent dans le même sens. Elles recommandent aux Etats parties de définir le consentement comme « acceptation par choix, si la personne concernée a la liberté et la capacité de faire ce choix ». Il y est également suggéré que le viol entre époux, concubins ou ex-concubins devrait constituer une circonstance aggravante¹⁰²³.

Marlene Rupprecht, député allemande et auteur d'un rapport sur la question pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁰²⁴, se focalise sur la nécessité de donner aux jeunes filles et aux femmes les moyens de ne pas être victimes, leur confiance en elles et leur capacité à se défendre elles-mêmes devraient être encouragées. Elle insiste également sur la nécessité d'apprendre aux garçons et aux hommes à respecter les femmes, et leurs éventuels refus.

Les hommes et les garçons sont aussi victimes d'agressions sexuelles, notamment dans les institutions fermées comme les prisons et les orphelinats. On a dénoncé les inacceptables abus sexuels généralisés commis par le personnel pénitentiaire sur les détenus dans les prisons¹⁰²⁵. L'opinion publique a fini par apprendre le nombre choquant de viols et d'autres

¹⁰²² M. C. c. Bulgarie, arrêt du 4 mars 2004.

¹⁰²³ Résolution 1691 (2009) et Recommandation 1887 (2009) de l'Assemblée, adoptées le 2 octobre 2009.

¹⁰²⁴ Cf., Conseil de l'Europe, octobre 2011, cité. P. 268 e 269.

¹⁰²⁵ Ce phénomène est monnaie-courante dans des grandes démocraties comme aux Etats Unis.

humiliations abusives dans des institutions religieuses y compris contre des personnes handicapées.

Il convient de considérer les agressions sexuelles comme un grave problème de droits de l'homme, de grande ampleur et général. Le fait qu'elles soient largement occultées n'est pas une excuse pour ignorer leur existence. En effet, la nature occulte des abus sexuels les rend d'autant plus insidieux et pernicioeux. Protéger les femmes, les enfants et les hommes contre cette menace devrait donc être une priorité politico-juridique. C'est une question de respect de l'intégrité de la personne ; un des aspects les plus cruciaux de la Convention.

Un cadre de réformes est nécessaire et nous savons déjà en quoi ces réformes doivent consister. D'ailleurs, certains gouvernements ont d'ores et déjà commencé à élaborer des programmes, dont les Comores devraient s'inspirer :

- Mise en place d'un cadre légal précis et strict donnant une définition générale de la violence à l'égard des femmes ;
- Adoption de dispositions juridiques et de lignes directrice pour leur mise en œuvre ;
- Elaboration d'une stratégie bien étudiée et d'un plan d'action couvrant à la fois les niveaux national et local, et comprenant des mesures préventives et éducatives ;
- Mise sur pied d'un programme de formation pour la police, les travailleurs sociaux, les personnels de santé, les enseignants et les personnes judiciaires, qui porterait notamment sur l'identification et la prise en charge des violences contre les femmes ;
- Offre de services d'aide contribuant à la réinsertion des victimes et la reconstruction de la vie ;
- L'existence d'un traité international global sur la violence contre les femmes faciliterait l'adoption d'un tel cadre politique. Une Convention ou un protocole comprenant des normes contraignantes devrait évidemment comporter des mesures de lutte contre la violence domestique. Le but serait d'encourager les réformes nationales et de favoriser un changement indispensable des mentalités. Une discussion devrait être engagée quant à la forme qui donnerait à un tel traité

L'Etat comorien n'a cessé d'imprimer ses marques en matière de politique internationale, en multipliant des ratifications de conventions. Après celles considérées d'internationales et de portée générale, se succèdent des conventions régionales. La signature des dites conventions est l'illustration pure et simple comme quoi les Comores atteste d'une place importante sur la scène régionale et justifie de l'intérêt de s'adapter aux droits régionaux impliquant tous les pays africains qui se veulent modernes. Il faut certes adhérer à ces conventions, mais de telles adhésions ne font qu'alourdir encore plus la tâche des juges, qui se trouvent dans l'obligation de veiller à leur respect et de les appliquer.

Section 2 : Le juge comorien face aux textes régionaux

168. Le législateur comorien, a adopté deux textes internationaux importants, l'un pour attester de l'intérêt du pays à protéger les droits et le bien-être de l'enfant (§1) et l'autre, pour justifier de l'intérêt du pays à protéger les droits de l'homme et des peuples (§2)

§1 : Face à la charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant

169. « Les enfants ne sont pas des personnes de demain, mais des personnes d'aujourd'hui, il faut se mettre sur pointe des pieds pour se hisser à leur hauteur¹⁰²⁶ ». Ce même auteur ajoute que « *L'enfant ne devient pas un homme, il en est déjà un*¹⁰²⁷ ».

Par ces affirmations, on peut comprendre que l'enfant occupe une place primordiale dans la société. Il incarne même la valeur suprême de toute société, en ce qui l'est l'homme d'aujourd'hui et de demain. Cheik Hamidou Kane ajoute sur ce point, la nécessité d'assurer une meilleure éducation pour l'enfant en déclarant qu'« *un enfant qu'on éduque pas, n'évolue pas*¹⁰²⁸ ».

Partout aux Comores, des enfants sont victimes de violences et abus multiples qui s'inscrivent dans des contextes économiques, socioculturels et politiques particuliers. Les agressions physiques, sexuelles et psychologiques subies par les enfants dans des situations

¹⁰²⁶ KORCZAK JANUSZ (1878-1942).

¹⁰²⁷ KORCZAK JANUSZ, « Le droit de l'enfant au respect », édition, Fabert, 2009, p. 55.

¹⁰²⁸ CHEIK HAMIDOU KANE, « De l'Aventure ambiguë », publiée en 1961.

de paix ou de guerre, dans leur environnement familial ou communautaire¹⁰²⁹, constituent des obstacles à leur survie et à leur développement harmonieux, alors que l'Etat est signataire de ladite Convention¹⁰³⁰ sur la protection, sur les droits et le bien-être de l'enfant. Sans revenir sur le caractère omniprésent de la situation en Afrique¹⁰³¹, il peut paraître superflu de protection, de respect des droits et du bien-être de l'enfant en Union des comores. Dès lors, toute réflexion juridique sur une telle problématique¹⁰³² implique un effort considérable de contribution morale et une distanciation stoïque pour gloser sur une construction juridique en quête de légitimité, d'efficacité et d'attractivité.

Le législateur comorien, s'est contenté de ratifier cette Convention (La CIDE) pour montrer sa volonté d'intégrer la protection de l'enfant au droit positif. et sans chercher à savoir si le juge comorien en a la capacité et la force pour l'appliquer. Une telle précipitation de ratification est la preuve de ce que, aux Comores, l'enfant est considéré comme un bien précieux, voire le plus précieux des biens. Selon Luc Ndjodo, la venue de l'enfant au monde « annonçait la réalisation des espérances des parents et venait consacrer la prospérité du groupe dont il contribuait à grossir les rangs des défenseurs. La natalité était fortement encouragée. Tout était mis en oeuvre *pour que les enfants voient le jour. L'avortement criminel était simplement inconnu*¹⁰³³ ». Mais cette appréciation est en grande partie fondée sur une conception très utilitariste de l'enfant, conception illustrée par de nombreux adages dont le plus fréquemment cité est « Moina maana¹⁰³⁴ ». On ne peut pas se permettre de dire que promulguer une telle Convention n'est pas un engagement progressiste (A), mais sa progression reste un phénomène incertain (B)

¹⁰²⁹ GIL-ROSADO et MARIE-PHILOMENE, « Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux », édition Défrenois, Paris, 2006, p. 5.

¹⁰³⁰ Adoptée par la 26^e conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA, devenue Union africaine, UA) à Addis-Abeba (en Ethiopie) le 11 juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999. L'Etat comorien, a ratifié cette Convention par le Décret n° 91-018/PR du 15 février 1991.

¹⁰³¹ Au vu des images diffusées par les chaînes internationales de télévision à propos des enfants mal nourris et malades au Soudan, à l'Est de la République Démocratique du Congo, en Somalie, au Niger et ailleurs en Afrique.

¹⁰³² Assemblée nationale, « L'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité », Tome 1, Paris, 1998, J. O du 6 mai 1998, p. 19.

¹⁰³³ NDODJO LUC, « Les enfants de la transition », Douala, édition Yonga et Parners, 2000, p. 23.

¹⁰³⁴ « L'enfant ne vaut que par son utilité ». Utilité sociale ou sociétale certes, mais aussi utilité économique.

A- Une Convention progressiste : un engagement progressiste

170. Devant la difficulté d'intégrer certaines préoccupations africaines dans la Corbeille de la CIDE, tous les Etats africains ont choisi de renforcer les droits de l'enfant, en « prenant en considération les vertus de leur héritage culturel, leur passé historique et les valeurs de la civilisation africaine¹⁰³⁵ ». Les Comores se sont engagées à respecter cette Convention, mais dans la pratique, il est difficile de mettre en lumière ces dits droits, même s'elle présente une prétention progressiste et une adéquation socioculturelle. Cependant, aux Comores, la CIDE a permis une évolution de l'arsenal juridique en matière de protection de l'enfant, ce qui a entraîné une remise en cause de certains aspects culturels de la conception traditionnelle de l'enfant, tant dans la structure familiale qu'au niveau national ou étatique. Ainsi, l'introduction de ladite Convention dans le système interne a impulsé une nouvelle dynamique en matière de protection de l'enfant, en permettant à l'enfant d'accéder à la pleine personnalité juridique. Toutefois, et comme on l'a mentionné plus haut, à travers les réalités du pays, le travail d'adaptation de la règle interne reste inachevé au regard des engagements pris par l'Union des Comores lors de la ratification de ladite Convention. Cette défaillance s'explique d'abord par les caractéristiques et les prémisses de la société comorienne.

Les droits de l'enfant aux Comores sont difficile à mettre e œuvre (1), mais sa ratification montre de grands progrès même inadéquats dûs à la dimension socioculturel du pays (2)

1- La difficile mise en lumière des droits de l'enfant aux Comores

171. La problématique du statut juridique de l'enfant en vertu du pluralisme juridique nécessite de porter un regard attentif sur les termes comme l'ordre juridique, le pluralisme mais aussi le statut de l'enfant. Il est important parce qu'il permet de répondre à la question de l'évolution en fonction du phénomène du pluralisme juridique. La société comorienne, comme partout en Afrique, dispose d'une multitude de règles de conduite¹⁰³⁶, mais à part les privilèges reconnus à certaines catégories sociales, les règles appliquées restent les mêmes¹⁰³⁷. La pénétration coloniale a permis une cohabitation de toutes les pratiques avec les règles du colonisateur.

¹⁰³⁵ Préambule de la CADBE.

¹⁰³⁶ Ca peut être des règles de droit, de règles de morale, usages divers, interdits, tabous, etc.

¹⁰³⁷ CHARLES NTAMPAKA, « «Introductions aux systèmes juridiques africains », Presse Universitaire de Namur, Belgique, 2004, cit., p. 76.

Les Comores sont une société traditionnelle rurale, clanique, matrilineaire, islamisée et peu intégrée du fait des clivages existant entre les individus selon les origines, entre les catégories sociales et dans la hiérarchie des rangs sociaux. Elle est fortement marquée par l'insularité et les spécificités locales propre à chaque Île, en dépit de l'homogénéité apparente et visible à travers les signes d'identité¹⁰³⁸. Cette homogénéité de la société constitue un rouage central, si ce n'est le fondement même socio-juridique du corpus normatif de cette société.

Ainsi, le droit national s'appuie sur des sources de droit non seulement multiples, mais aussi différenciées en fonction des sujets de droits auxquels elles s'appliquent¹⁰³⁹. Dans notre cas d'espèce, le pluralisme juridique s'appuie sur la diversité des dialectes et des cultures et s'exprime à travers plusieurs systèmes juridiques.¹⁰⁴⁰

Les droits de l'enfant, à l'instar des droits de l'homme, ont une origine philosophique et internationale. Un bon nombre de philosophes des lumières ont élaboré une idéologie qui constitue une révolution en matière de droits de l'enfant. Ainsi, l'enfant, en raison de son ignorance, de son absence de raison et de sa faiblesse, représentait pour eux un objet d'éducation original. Jean Jacques Rousseau a d'ailleurs voulu dresser un panorama de l'éducation à donner à l'enfant et lui accorder un véritable statut dans la société¹⁰⁴¹. Cependant, avant l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, par les Comores l'enfant n'avait pas acquis de droits subjectifs digne de ce nom. Il a fallu attendre cette date pour voir l'enfant acquérir le statut juridique de sujet de droit.

Avant l'indépendance, le statut de l'enfant comorien était régi par la coutume. Selon Annie Rouhette : « la coutume est l'instrument qui servait à instaurer une sorte d'entente

¹⁰³⁸ ABDOU DJABIR, « Le droit comorien entre tradition et modernité », Mamoudzou, édition Baobas, 2006, p. 23.

¹⁰³⁹ CADOUX CHARLES « Annuaire de l'océan indien »XVII-2001-2002, Presse Universitaire d'Aix Marseille, Facultés de droit et sciences politiques, 2003, p. 227.

¹⁰⁴⁰ RENE DAVIDE, « Les grands systèmes de droit contemporains », in Revue internationale de droit comparé. Vol. 17 n° 1, Janvier-mars 1965, pp. 254-257.

¹⁰⁴¹ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, « L'Emile ou l'éducation », édition Garnier, Paris, 1762.

féconde entre les individus¹⁰⁴² ». L'enfant appartenait à la communauté qui lui devait protection. La coutume ne définit pas la durée de l'enfance.

La protection de l'enfant aux Comores reste réellement coutumière, certes, la coutume protège l'enfant, toutefois, on observe une discrimination en fonction du sexe. La fille est née pour se marier et apporter de l'argent à sa famille. Souvent, la fille est considérée comme un investissement. Cela est dû, à l'absence d'une véritable protection purement juridique émanant du législateur, encore moins, une protection jurisprudentielle, émanant du juge national.

Le garçon, quant à lui, était et reste en principe né pour aider ses parents dans les travaux des champs, en application de l'expression « Moina maana ». Cette conception utilitariste est nuancée par une autre expression « moina akiba » qui assimile l'enfant à une chose précieuse dont on a la garde, la responsabilité, et qui induit donc l'idée que l'enfant doit être protégé. Ainsi, l'enfant comorien, le garçon est considéré comme un objet qui appartient à la communauté. Il grandit dans le cadre de l'organisation d'une communauté villageoise et parentale, et appartient à la communauté avant d'appartenir à ses parents. C'est dans ces deux structures que l'enfant comorien trouve une protection, et qu'il reçoit l'éducation qui lui permettra plus tard d'assumer toutes ses responsabilités.

Sous cet angle, le droit coutumier joue pleinement en faveur de l'enfant et se veut même le véritable protecteur de l'enfant et aucun texte, ni législation ne peut lui assurer une meilleure protection que celle dont il bénéficie de la coutume. La coutume, de ce fait, peut aller à l'encontre de la philosophie de la CIDE, et le juge comorien se trouve dans l'impossibilité totale de trancher sur les matières pour lesquelles le droit coutumier a déjà établi ses propres règles.

En effet, la notion de statut juridique de l'enfant existe à des degrés variables. Si l'enfant était protégé par des principes purement traditionnels, la modernité, telle qu'elle a été définie plus haut, offre désormais, une autre vision de l'enfant, d'abord en raison de la place qu'il occupe, démographiquement, dans la société. En effet, les résultats du recensement général de la population de 2012 montrent que la population comorienne est extrêmement jeune : en 2010, les moins de 20 ans représentaient 58% de la population totale dont 47% de jeunes de

¹⁰⁴² ROUCHETTE ANNIE, « Le rôle des coutumes dans le droit des personnes », in colloque du droit malgache, 20 octobre 1964, p. 10.

moins de 15 ans¹⁰⁴³. La part des enfants dans la structure démographique de la population incite le législateur à se préoccuper de la question de l'enfance.

La vision de l'enfant a changé aussi en raison de la nécessaire prise en compte par l'Etat comorien des orientations données par la CIDE. Certes, certaines dispositions du droit comorien sont conformes à la CIDE. Ainsi, l'enfant est défini par la Convention internationale des droits de l'enfant, comme « tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte avant cet âge¹⁰⁴⁴ », bien qu'une telle définition soit dénuée de toute clarté quant à la définition de l'enfant, le Code de la famille comorien¹⁰⁴⁵ a adopté la même définition. En revanche, d'autres dispositions, qui trouvent leur source dans la culture comorienne, sont en parfaite contradiction avec ladite convention. Quelle solution le juge comorien pourra-t-il adopté en cas de conflits entre ces deux dispositions : une conventionnelle et l'autre coutumière ? Tel est le souci qui ébranle le juge comorien en matière conventionnelle. Une spécificité comorienne ou une situation purement africaine ?

Les droits nationaux africains en général étant inspirés des systèmes juridiques des anciennes puissances coloniales occidentales, il y a souvent peu d'intérêt à mener une approche comparatiste, sinon pour tirer la conclusion de leur décalage par rapport aux réalités locales et de leur cristallisation par rapport aux évolutions rapides de la protection de l'enfance sur le plan international. Bien souvent l'objet des incantations anhistoriques, l'articulation entre les coutumes comoriennes et le droit moderne écrit d'imposition coloniale rend difficile la compréhension de la problématique de la protection de l'enfant aux Comores, bien que la situation est purement africaine. Par exemple, le Code pénal comorien, sanctionne le défaut de paiement de la pension alimentaire alors que de nombreuses mères célibataires éprouvent des difficultés pour recouvrer une pension alimentaire pour les enfants naturels non reconnus par leurs géniteurs. Il convient de relever que certains pères sont rétifs au versement de la pension alimentaire parce qu'elle est prétendument utilisée pour élever les enfants autres que les leurs, alors qu'eux-mêmes délaissent leur famille au profit des concubines. Le Code pénal comorien, punit respectivement la non-représentation de l'enfant à celui à qui la garde a été confiée par décision judiciaire, le refus de paiement de la pension

¹⁰⁴³ Ministère de l'éducation nationale de l'enseignement supérieur et de la recherche commission nationale des Comores pour l'Unesco, Rapport national sur les tendances récentes et la situation actuelle de l'éducation et de la formation des adultes, Mai 2015, p. 3.

¹⁰⁴⁴ Article 1^{er} de la convention internationale des droits de l'enfant, 1989 ratifiée en juillet 1991 par les Comores.

¹⁰⁴⁵ Article 2 de la loi n° 85-008/AU du 3 juin 2005 portant réforme du Code de la famille.

L'Etat comorien a intégré dans sa législation la disposition de l'article 7 de la CIDE qui stipule que « *l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a, dès celle-ci, le droit à un nom , le droit d'acquérir une nationalité* ». Néanmoins, il faut relever au niveau de la constatation juridique des naissances l'absence de données statistiques sur les enregistrements des naissances. Les actes d'état civil ne sont pas tous fiables. Au niveau de l'attribution du nom, la pratique qui consiste à attribuer des noms fantaisistes aux enfants devient courante. Le père ne souhaitant pas reconnaître l'enfant, la mère préfère de lui attribuer un nom fatal pour le distinguer des enfants légitimes.

La législation comorienne sur la définition de l'enfant maintient une insécurité juridique du fait de la contradiction entre le droit écrit et les coutumes locales¹⁰⁴⁶. L'enfant comorien se définit selon les aspects civil et pénal. En matière civile, l'enfant est la personne humaine de moins de 18 ans tandis qu'en matière pénale, c'est celui qui a moins de 16 ans. Toutefois, l'inexistence de l'état civil rend difficile la détermination de l'âge de la personne à considérer. En effet, beaucoup d'enfants ne connaissent pas leur âge. Cette ignorance est même « tolérée » par le législateur qui, dans certaines dispositions légales, utilise les expressions telles que « *âgé de... ou apparemment âgé de* » qui s'analysent en fin de compte comme un fourre-tout, ce qui permet à certains services de l'Etat de considérer comme enfant ou comme adulte celui qu'on veut comme tel.

Par ailleurs, le Code de la famille interdit à toute personne qui, en vertu de la loi ou de la coutume, a le droit de garde sur une fille n'ayant pas atteint l'âge de la puberté, de la remettre en mariage ou en vue d'un mariage. Or, la puberté est fixée à 14 ans, autrement dit à 14 ans la fillette peut être prise en mariage. Le même Code reconnaît la coresponsabilité du père et de la mère dans l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, il existe des coutumes locales qui admettent la distinction nette entre le père biologique de l'enfant et celui qui doit exercer sur lui l'autorité parentale, à savoir l'oncle maternel, alors que le père biologique est en vie. C'est le cas des coutumes issues des cultures matrilineaires¹⁰⁴⁷. La conséquence est que

¹⁰⁴⁶ Voir R. DEGNI-SEGUI, « Les Droits de l'homme en Afrique francophone ». Théories et réalités, Abidjan, CEDA, 2001 ; E. KODJO, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », RUDH, vol. 1, 1989, p. 29-34.

¹⁰⁴⁷ Même mécanisme que chez les Bakongo du Sud-Ouest du Congo.

l'échec de l'éducation des enfants est de la responsabilité des oncles et non de leur père qui souvent ne les considère pas comme des membres de sa famille. Il y a donc, dans certains cas, une fiction de l'autorité parentale entre l'ocle qui a l'autorité coutumière et effective et le père qui a l'autorité légale et fictive. Toutefois, l'un ou l'autre peuvent faire usage des dispositions du même Code qui permettent à celui qui a l'autorité parentale d'infliger à l'enfant réprimande et correction dans une mesure compatible avec son âge et l'amendement de sa conduite. Etant donné que la notion de correction s'apprécie selon celui qui l'inflige, elle aboutit souvent aux violences physiques, à la privation prolongée de nourriture, des habits ou des jouets.

Quant au principe de participation, les problèmes démocratiques que rencontrent les pays africains en général se répercutent au niveau des droits de l'enfant¹⁰⁴⁸.

Le droit moderne comorien inspiré des principes fondamentaux de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, décrète une égalité parfaite entre les hommes qu'ils soient enfants ou adultes¹⁰⁴⁹. L'application effective de ce principe d'égalité rencontre néanmoins, des difficultés en raison de la superposition et de l'exercice concurrent du droit musulman, du droit coutumier et de la modernité. L'élaboration, et surtout la mise en application du Code de la famille, constituent un exemple particulièrement clair à ce sujet. C'est le cas par exemple de l'article 100 dudit Code, qui rejette la filiation vis-à-vis du père d'un enfant né hors mariage. Le législateur comorien évoque la filiation vis-à-vis de la mère. Par conséquent, cet enfant « naturel » peut se prévaloir de tous les droits comme les droits successoraux, le droit au nom attribué par sa mère, etc. Toutefois, en droit musulman, c'est la filiation du côté paternel qui détermine en général l'appartenance à la tribu. Les enfants issus du mariage sont membres du groupement auquel appartient le père. En ce qui concerne le droit coutumier, l'enfant issu d'une telle union n'est pas reconnu et par conséquent n'a pas de statut particulier. Vis-à-vis de la société, l'enfant est rejeté¹⁰⁵⁰. Il est à noter que, bien que la

¹⁰⁴⁸ Par exemple, le Parlement des enfants de la Côte-d'Ivoire mis en place depuis 1992 a besoin de renouveler les membres de son bureau exécutif qui, depuis longtemps, ont terminé leur mandat et dont les membres ont atteint l'âge de la majorité. Il arrive que le parti au pouvoir instrumentalise cette représentation des enfants par un bourrage idéologique inconséquent.

¹⁰⁴⁹ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée, par l'Assemblée générale des Nations Unies suivant résolution 217 du 10 décembre 1948 in Recueil des instruments internationaux et de la législation nationale : droits de l'enfant et de la femme, 2009, p. 6-7.

¹⁰⁵⁰ La plupart des enfants nés hors mariage portent de prénoms de fantaisie justifiant de leur statut d'enfant naturel. Des noms comme : hadja c'est-à-dire il est venu au monde, Mrenda, celui qui l'a mis au monde, mgomri, qu'il vive longtemps, etc.

société comorienne soit matriarcale et matrilineaire, c'est toujours le père s'il est connu qui choisit le prénom de son enfant. C'est lorsque le père n'est pas connu que ce droit revient à la mère.

La question de l'adoption internationale des enfants soulève aussi de nombreuses interrogations aux Comores comme en Afrique. L'Etat comorien n'offre que peu de possibilités aux procédures d'adoption internationale, mais le phénomène ébranle tous les Etats africains. Le Code de la famille exige que le couple demandeur soit marié depuis au moins six ans et qu'il n'ait pas d'enfant biologique, sauf dispense du ministère de la justice¹⁰⁵¹. Si l'Ethiopie confie depuis longtemps des enfants à des familles étrangères ; depuis l'époque de la grande famine, les Comores aussi bien que les autres pays de l'Afrique ne se sont ouverts à l'adoption internationale que récemment. En effet, la prise en charge traditionnelle des enfants au sein de la famille comorienne élargie (oncles, tantes...) et du village a longtemps permis de trouver des solutions familiales localement. Mais, le sida, les conflits et la pauvreté ont conduit certains pays à chercher, hors de leurs frontières, des familles pour leurs enfants qui en sont privés. Dans le cas des enfants africains adoptés en France, les principaux pays d'origine en 2003 étaient : Madagascar 325 enfants), l'Ethiopie (217), le Mali (132), le Burkina Faso (60) et Djibouti, le Congo, le Togo (moins de 60 chacun. On constate très bien que l'an 2003 aucun enfant comorien n'a fait l'objet d'une adoption, est-il un progrès dans le but d'élever les enfants par leurs parents biologiques ou un refus pur et simple de faire adopter ces derniers ? Force est de constater que si les Comores sont fermées à l'adoption internationale, des familles comoriennes n'hésitent pas de faire partir en France leurs enfants mineurs en vue de la recherche d'une vie meilleure¹⁰⁵².

Outres les dispositions sur la filiation, d'autres termes de la CIDE sont inapplicables car contraires à la tradition comorienne ou aux dispositions du droit musulman. Le cas par exemple de l'adoption, il est possible en droit comorien, mais il comporte des restrictions liées à l'esprit du droit musulman qui réprime l'adoption plénière. Les dispositions relatives à l'adoption respectent l'esprit de la famille élargie. Elles découlent de la tradition de solidarité présente en Afrique en général et protégeant l'enfant trouvé, abandonné ou orphelin. D'autres

¹⁰⁵¹ Le Code de la famille du Congo Brazaville par exemple, exige que le couple demandeur soit marié depuis au moins cinq ans, la suite de la disposition est la même qu'en Union des Comores.

¹⁰⁵² En 2015, un enfant comorien est arrêté à l'aéroport de Marseille pour avoir été retrouvé sans aucune identité qui justifie de son lien biologique avec la soit disante tante qui l'a ramené avec lui. L'histoire a fait un tollé devant les médias français, et a amené des associations de défense des droits des enfants à demander l'annulation de la décision judiciaire qui demandait à ce que l'enfant soit renvoyé dans son pays natal.

problèmes d'ordre sociologique expliquent également l'inapplication partielle de la CIDE. C'est le cas d'une pratique fréquente chez les Comoriens, qui avait cours surtout en période de récession économique¹⁰⁵³, appelée « les wapambés¹⁰⁵⁴ ». Ces derniers sont des enfants, majoritairement des filles, qui, en raison de la pauvreté de leur famille, étaient placés dans des familles dites aisées de leur localité ou des grandes villes. Ils y étaient formés aux tâches ménagères, et recevaient des bases éducatives, notamment les règles de savoir-vivre.

Le phénomène du non-respect des droits de l'enfant, son intégrité et son bien-être est moins grave aux Comores que dans d'autres pays d'Afrique ; par exemple, au Tchad, des enfants sont aujourd'hui encore vendus et réduits en esclavage. Des adolescents vendus par leurs parents pour 15000 francs Cfa (entre 50 et 60 euros), à des éleveurs arabes venus du nord. D'autres, sont échangés contre un veau. La pratique des enfants bouviers a commencé dans les années 1970, en période de grande sécheresse au Sahel. A cause de la pauvreté, elle s'est développée dans toute la partie sud du Tchad. Certaines familles préfèrent souvent se débarrasser de leurs enfants valides pour avoir moins de bouches à nourrir. Selon des agences humanitaires basées au Tchad, on compte aujourd'hui encore quelque 2000 enfants âgés à peine de 8 ans, vendus par leurs parents. Ils sont réduits à l'état d'esclavage par leurs maîtres. Pour certains ONG, ce chiffre ne reflète toutefois pas la réalité, d'autant moins que nombre d'enfants meurent pour cause de mauvais traitements. L'entreprise de récupération des enfants s'avère parfois risquée : des éleveurs arabes attaquent les personnes qui tentent de leur retirer des enfants, estimant être dans leur droit, du fait de les « avoir acheté » et donc de pouvoir en « disposer ».

Aux Comores, bien qu'aucune législation ne limite l'âge minimum d'admission à un emploi, force est de constater que des enfants entre 9 ans et 14 ans sont contraints de travailler, soit par des membres de leurs familles respectives, soit par d'autres personnes alors que le pays signe ladite charte pour les droits et le bien-être de l'enfant. La plus grande frange des enfants travailleurs est essentiellement constituée de mineurs déscolarisés ou non scolarisés. La forme de travail des enfants qui est le plus d'actualité est celle relative aux enfants placés appelés « Vidomègon¹⁰⁵⁵ ». Considérée comme une marque de solidarité

¹⁰⁵³ En 1997, les Comores ont connu une crise économique et politique qui est à l'origine de plusieurs conséquences.

¹⁰⁵⁴ Wapambés signifie littéralement « bonnes ». Mais ce sont des enfants issus des coins reculés qui sont placés dans des familles aisées.

¹⁰⁵⁵ Le Vidomègon est un enfant placé auprès d'un tiers par ses parents ou par une personne appelée placeur ou intermédiaire dans le but de lui faire acquérir une éducation ou de le faire travailler.

traditionnelle entre parents et membres d'une même famille, le Vidomègon a été travesti aujourd'hui en placement d'enfant lucratif par l'intermédiaire des tiers qui bénéficient d'une rémunération. Le phénomène a pris désormais, les dimensions d'une véritable entreprise gérée par des personnes organisées en réseaux criminels dont les activités de trafic des êtres humains sont devenues internationales.

Face à l'aggravation de la pauvreté, de plus en plus d'enfants et de femmes sont victimes d'actes d'exploitation et de maltraitance. Beaucoup d'enfants n'ont pas accès aux services sociaux de base tels que l'éducation et la santé. Ainsi, le taux de scolarisation des enfants demeure faible¹⁰⁵⁶ et les conditions sanitaires ne font que se dégrader.

L'histoire du bateau nigérien Etireno, en avril 2001, a montré la complexité de ce trafic. Dans la pratique du trafic d'enfants, il y a des pays pourvoyeurs, des pays récepteurs et des pays qui sont à la fois pourvoyeurs et récepteurs. Le recours abusif à une main-d'œuvre domestique corvéable et bon marché compte tenu de l'évolution des conditions socio-économiques de la population tant urbaine que rurale, la multiplicité des intermédiaires attirés par le gain facile et la quasi-absence de risque doublée d'une certaine complicité sociale, explique la recrudescence de la pratique. Les trafics internes sont animés comme une activité du secteur informel ; les trafics transfrontaliers procèdent d'une organisation en filières relevant davantage du crime organisé. A l'absence de mesures préventives et coercitives s'ajoute la perméabilité des frontières en raison des insuffisances normatives et institutionnelles. Plusieurs conventions internationales prohibent le trafic d'enfants¹⁰⁵⁷. Elles ont été ratifiées par la majorité des pays africains, et même si certains pays comme les Comores ne les ont pas ratifiées, ces conventions doivent être considérées comme universelles en ce qu'ils défendent des droits à caractères universels et généraux.

La manifestation immédiate de la pratique est l'exploitation illégale et abusive à la fois de l'enfant en tant qu'être humain, de sa force de travail et de son travail lui-même. L'exploitation dont il est question n'est pas seulement une exploitation économique de

¹⁰⁵⁶ Rapport sur l'évaluation sur l'éducation aux Comores, Enquête réalisée en 2013, Direction générale de la planification, Ministère de l'éducation nationale, disponible sur le site <http://www.unesco.org/education/wef>.

¹⁰⁵⁷ Les principales conventions qui font référence au travail forcé et au trafic sont : la Convention n° 29 de l'Organisation internationale de Travail (OIT) sur le travail forcé de 1930, la Convention supplémentaire sur l'abolition de l'esclavage, les institutions et les pratiques similaires à l'esclavage de 1956, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, notamment son article 35, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (articles 24 et 29), et la Convention n° 182 de l'OIT relative aux pires formes de travail des enfants de 1999.

l'enfant. Elle est aussi une escroquerie morale qui prend l'allure d'un vol de l'enfance de la victime, avec le plus souvent le consentement et même la complicité de ses parents. Si le travail en milieu domestique ou le travail précoce en milieu formel est constaté comme la finalité la plus répandue du trafic, il existerait selon certains témoignages des pratiques socioreligieuses traditionnelles qui exigeraient du sang humain de jeunes enfants ou ce qu'on désigne communément par l'expression macabre de « pièces détachées ».

Ces articulations complexes sont porteuses de nombreuses discontinuités qui résistent à la dynamique de conspiration juridique progressivement induite par la CIDE et ses deux protocoles.

Il faut noter aussi que la compréhension du système régional spécifique consacrant l'enfant africain comme une préoccupation spéciale doit se faire à la lumière du système africain général de protection des droits de l'homme¹⁰⁵⁸. La prolifération internationale des mécanismes de protection des droits de l'homme participe de la construction d'un nouvel « ordre mondial des droits de l'homme »¹⁰⁵⁹. Le système régional africain des droits de l'homme, dans son ensemble est souvent décrit par sa complexité normative et son inefficacité procédurale¹⁰⁶⁰. Perçu plutôt à l'origine comme « un nouvel ordre humanitaire régional en Afrique »¹⁰⁶¹ que comme un système juridictionnel, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est l'instrument principal et général de protection des droits de l'homme en Afrique¹⁰⁶², même si ledit système est fondé selon les articles 60 et 61 de ladite Charte, sur l'application du droit international relatif aux droits de l'homme et sur les autres textes régionaux africains, dont la CADBE. Selon ses « prêtres fondateurs », le système

¹⁰⁵⁸ J.-D. BOUKONGOU, « L'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par les autorités nationales en Afrique centrale », in L'Application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, Droit et justice ; 54, 2004, p. 123-160.

¹⁰⁵⁹ J. MORGEON, « Développement et droits de l'homme », in Aspects du système des Nations Unies dans le cadre de l'idée d'un nouvel ordre mondial, Y. DAUDET (dir.), Paris, Pedone, 1992, p. 188 ; G. COHEN-JONATHAN, « L'évolution du droit international des droits de l'homme », in Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international, Paris, Pedone, 1998, p. 107-125.

¹⁰⁶⁰ M. MUBIALA, « Le système régional africain de protection des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2005 ; A.-D. OLINGA, « L'effectivité de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », Revue Afrique 2000, n° 27/28, avril-octobre 1997, p. 171 ; E.-A. ANKUMAH, La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Pratiques et procédures, Londres, SADIC, 1995.

¹⁰⁶¹ F. OUGUERGOUZ, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité », Paris, PUF, 1993, p. 393.

¹⁰⁶² Recueil juridique des droits de l'homme en Afrique (1996-2000), P. TAVERNIER, éditions, Bruxelles, Bruylant ; Collection du Credho ; vol. 2, 2002.

africain devrait être non seulement en adéquation avec son environnement politique et socioculturel, mais il devrait aussi avoir une cohérence juridique qui découle d'une « *conception globalisante des droits de l'homme*¹⁰⁶³ » prescrivant d'une part l'équilibre entre les droits et les devoirs, entre l'individu et la communauté, et d'autre part, privilégiant la conciliation au contentieux des droits de l'homme au motif que dans la conception africaine « les conflits sont tranchés non pas par une procédure contentieuse mais par la conciliation qui aboutit à un consensus et qui ne fait ni vainqueur ni vaincu¹⁰⁶⁴ ».

Malgré le fait que tous les Etats africains, à l'exception de la Somalie, soient parties à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, seuls 38 Etats, sur les 53 membres de l'Union africaine, ont ratifié la CADBE au 31 décembre 2005, ce qui dénote du peu d'empressement de la part des Etats africains à souscrire aux particularités sociaoculturelles tant revendiquées sur le théâtre diplomatique international¹⁰⁶⁵. Et pourtant l'existence de cette CADBE fut justifiée par la non-prise en compte dans la CIDE de certaines questions particulières touchant des aspects spécifiques aux droits de l'enfant africain ; méprise qui serait due à l'objectif suprême qui était d'arriver à un compromis universel dans l'instrument onusien.

Une étude des dispositions de la CADBE fait apparaître, à côté des droits également protégés par la CIDE, certains droits dont la protection constitue un progrès dans le contexte africain et d'autres droits qui, malheureusement, laissent apparaître des formulations lacunaires et ambiguës au point de conforter le scepticisme quant à l'efficacité d'un tel instrument. De même, le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant prévu par la CADBE est un progrès institutionnel dont les capacités opérationnelles et juridictionnelles font l'objet d'une maturation latente au sein du système global de l'Union africaine. Le fonctionnement du Comité et ses résultats seront-ils efficaces pour attirer un grand nombre de justiciables ? Ce système n'aurait-il que le mérite d'exister ou peut-il contribuer à une amélioration substantielle des droits de l'enfant en Afrique ?

¹⁰⁶³ Voir Y. ETEKA, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », Paris, L'Harmattan, 1996, p. 370.

¹⁰⁶⁴ K. MBAYE, « Les droits de l'homme en Afrique », 2^e édition, Paris, Pedone, 2002, p. 28 ; C.-M. EYA NCHAMA, « Développement et droits de l'homme en Afrique », Paris, Publisud, 1991 ; T. MATAKA KABANGU, « Les droits de l'homme en Afrique : énoncé, garanties et obligations », in Les Droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. KAREL VASAK Amicorum Liber, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 633-654.

¹⁰⁶⁵ L. SINJOUN, « La civilisation internationale des mœurs : éléments pour une sociologie de l'idéalisme structurel dans les relations internationales », Etudes internationales, vol. 27, n° 4, décembre 1996, p. 848.

Il faut cependant faire remarquer que les Etats africains se sont fortement engagés à produire ou à souscrire aux engagements internationaux en matière de droits de l'homme. Non pas que leur bonne foi en la matière soit contestable, mais s'y refuser équivaut presque à se mettre au ban de la communauté internationale. Formuler des réserves explicites sur tel ou tel aspect de protection des droits de l'enfant reviendrait à se montrer soi-même du doigt. Il est donc préférable de signer les textes les plus sublimes, de prendre les engagements les plus contraignants en apparence avec la ferme intention de n'en tenir aucun compte. Telle est la leçon à tirer de la pratique de beaucoup d'Etats africains depuis leur indépendance. Bien souvent, le combat pour les droits de l'homme au niveau international n'est qu'une entreprise d'attractivité diplomatique permettant d'être dispensé, dans l'immédiat, de rendre compte des violations routinières de la dignité humaine.

Dans le même sens les thuriféraires d'un « droit international africain » encensent les gouvernements qui ratifient à tour de bras les conventions internationales au motif qu'ils témoigneraient ainsi de leur adhésion aux exigences universelles de la communauté internationale. Les analyses juridiques qui en découlent exaltent les révolutions juridiques qui modifieraient substantiellement les pratiques locales. Cependant, de telles incantations et le verbalisme panafricain sur le bien-être de l'enfant n'ont pas réussi, à ce jour, à combler le fossé grandissant entre une jeunesse africaine désemparée par l'aggravation du mal-être et les préconisations millénaristes de la communauté internationale.

2- Prétention progressiste et adéquation socioculturelle

172. Malgré les postures culturalistes et les rodomontades diplomatiques, il aurait été miraculeux que l'Etat comorien produise des nouveaux textes qui se démarquent complètement de la CIDE à laquelle son adhésion était certaine, sans qu'il soit besoin d'exciper des pressions régionales ou internationales toujours mises de manière quasi religieuse au fronton des ratifications africaines par les thuriféraires des droits de l'homme. Au-delà de ses imperfections progressivement amendées par les protocoles facultatifs, la Convention de New York est un compromis consensuel auquel ne pouvaient se soustraire l'Etat comorien.

La CADBE s'inspire de la CIDE et les instruments partagent des principes fondamentaux de l'application des droits de l'enfant reconnus au plan universel, tels que le principe de non-discrimination, de respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, de participation des enfants, de survie et de développement de l'enfant et de prise en compte de l'évolution des capacités de

l'enfant. Ces principes enveloppent l'ensemble des droits civils et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que certains droits de protection spécifiques aux enfants. Il s'agit, par exemple, du droit à la vie et l'interdiction de prononcer la peine de mort contre des enfants, du droit à un nom, à l'enregistrement dès la naissance, du droit à une nationalité, de la liberté d'expression, d'association, de pensée, de conscience et de religion ou encore de la protection de la vie privée. Sont également protégés le droit à l'éducation, aux loisirs, aux activités culturelles et récréatives, la protection des enfants handicapés ou le droit de l'enfant à la santé et aux services médicaux. Et enfin, la CADBE prévoit des droits spécifiques de protection des enfants réfugiés, des enfants soumis à des procédures d'adoption et des enfants séparés de leurs parents. De même, les enfants doivent être protégés contre l'exploitation économique, contre toutes formes d'abus et de mauvais traitements, contre l'exploitation sexuelle, l'usage et le trafic de stupéfiants ou encore la vente, la traite de l'enlèvement d'enfants.

Dans le cadre africain, la CADBE précise dans son article 2 que l'enfant est « tout être humain âgé de moins de 18 ans ». Cette disposition permet d'octroyer à toute personne de moins de 18 ans la protection spéciale qui lui est due, en dépit d'une législation qui fixerait plus tôt, l'âge de la majorité. Cette affirmation de principe rentre cependant en conflit avec certains droits nationaux qui persistent dans les différenciations contextuelles quant à la détermination du sujet enfant. Ce progrès s'oppose particulièrement à la velléité de certains gouvernements à enrôler les enfants dans les forces armées et les organisations paramilitaires prolifiques en Afrique et notamment aux Comores. La CIDE, par la suite complétée par un protocole facultatif adopté en la matière, n'avait pas interdit la participation aux conflits des enfants de plus de 15 ans. La CADBE précise que les Etats parties prendront « toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'aucun enfant ne prenne directement part aux hostilités et en particulier, à ce qu'aucun enfant ne soit enrôlé sous les drapeaux ».

Outre cet exemple principal, la CADBE contient diverses autres stipulations qui démontrent le caractère progressiste de la protection des droits de l'enfant en Afrique. Mais le respect de ces principes est loin d'en être assuré. C'est le cas de l'article 21 qui interdit les pratiques culturelles et sociales néfastes au bien-être, à la dignité, à la croissance et au développement normal de l'enfant, y compris les mariages d'enfants et les promesses d'enfants en mariage. Or, dans la dure réalité des choses, ces principes fondamentaux ne sont pas respectés et le juge comorien n'est pas en mesure d'en assurer

leurs applications. Inquiétant encore, bien qu'il existe un Comité interafricain¹⁰⁶⁶ depuis une vingtaine d'années. Selon le rapport présenté par ce comité à la cinquième réunion du Comité d'experts de la CADBE à Nairobi¹⁰⁶⁷ du 8-12 novembre 2004, les pratiques traditionnelles africaines sont basées sur les opinions, les croyances et les coutumes et de ce fait, elles pourraient soit être bénéfiques pour le groupe social, soit lui être nuisibles¹⁰⁶⁸. Il insiste sur l'importance de cette question au regard des droits de l'homme et considère que le problème de la mutilation génitale féminine devrait être traité d'une manière globale dans le contexte de la tradition, de la culture, de la santé et des droits de l'homme.

La protection des enfants réfugiés et des enfants déplacés à l'intérieur d'un pays est aussi une préoccupation spécifique de la CADBE prévue à l'article 23. Il n'est pas superflu de rappeler que si les enfants sont enrôlés dans les conflits aux Comores comme en Afrique, ils sont autant victimes de déplacements forcés provoqués par ces conflits. Une protection spécifique était donc nécessaire vu que le droit international est encore lacunaire sur cet aspect particulier contrairement à la protection internationale des réfugiés.

La CADBE a également tenu compte des réalités socioculturelles africaines avec d'autres mesures spéciales, notamment en matière d'éducation, qui devront être prises en faveur des filles qui tomberaient enceintes avant la fin de leurs études. Il en est de même pour les enfants soumis à la discrimination¹⁰⁶⁹, pour les enfants contraints à la mendicité¹⁰⁷⁰, ou encore les enfants dont les mères purgeraient une peine d'emprisonnement¹⁰⁷¹. La CADBE constitue, au vu de l'ensemble de ces éléments juridiques, un progrès, malgré une hypothèque socioculturelle qui devrait être levée.

La quête du particularisme socioculturel a conduit l'Etat comorien et un bon nombre d'Etats africains à des prétentions juridiques ambiguës en ce qui concerne des devoirs que tout enfant aurait envers sa famille, la société, l'Etat et la communauté internationale. Par

¹⁰⁶⁶ CIA : Comité interafricain, sur les pratiques traditionnelles.

¹⁰⁶⁷ Au Kenya.

¹⁰⁶⁸ La CIA met l'accent sur la mutilation génitale féminine (MGF) en exposant les différentes sortes de mutilation, les complications qui découlent de cette pratique, les liens existant entre ces mutilations et la transmission du VIH.

¹⁰⁶⁹ Article 26.

¹⁰⁷⁰ Article 29.

¹⁰⁷¹ Article 30.

exemple, l'article 319 du Code de la famille du Congo Brazaville dispose que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect, aide et assistance à ses père et mère, aux collatéraux de ces derniers et à ses autres ascendants* ». Il y a un réel malaise quant à la pertinence juridique de telles proclamations qui feignent de consacrer des normes dépourvues de toute considération pratique, même si leur utilité sociale peut être mise en exergue. Si les devoirs de l'enfant peuvent donner lieu à un comportement social exemplaire de la part de ce dernier, il reste qu'une persistante inquiétude juridique est manifeste quant à leur réelle juridicité et à leurs conséquences concrètes sur le plan procédural. Sans nier l'intérêt de l'argumentation suggérée par le Président sénégalais Senghor et développée par le juge Kéba Mbaye¹⁰⁷² à propos de l'équilibre entre les droits et les devoirs dans la conception africaine des droits de l'homme, la vraie question que l'on pourrait se poser à propos des devoirs de l'enfant est celle de savoir comment s'assurer que ce dernier s'acquitterait de ses devoirs au titre de la CADBE ? Ou bien faut-il simplement en déduire que cette construction normative aléatoire ne témoigne que de la vertu pédagogique de la CADBE, en quelque sorte des balises éthiques qui éclairent l'éducation des enfants en Afrique loin de toute pratique juridique concrète ?

Le doyen Madiot s'est longuement interrogé sur la place des devoirs dans l'ordre juridique africain des droits de l'homme. Selon lui, les devoirs mettent « *l'individu au service de la communauté et permettent de justifier toutes les oppressions*¹⁰⁷³ ». La prescription des devoirs ne serait donc qu'une exaltation de l'arbitraire et une justification des doctrines développementaristes peu soucieuses des droits de l'individu. L'enfant serait sacrifié au profit soit d'un développement communautaire illusoire, soit astreint à un unanimisme sanguinaire qui a marqué de nombreux pouvoirs africains. Même le retour aux valeurs traditionnelles africaines ne serait qu'une façade qui conduirait à une impasse juridique¹⁰⁷⁴.

Certes en pratique, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ne s'est pas heurtée à cette confusion entre les droits et les devoirs. Faut-il pour autant continuer à maintenir des prescriptions qui ne sont ni convaincantes, ni praticables au risque de prorroger une suspicion légitime sur le camouflage de l'arbitraire ? Un délestage normatif de la

¹⁰⁷² F. OUGUERGOUZ, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », p. 233-234.

¹⁰⁷³ Y. MADIOT, « Considérations sur les droits et devoirs de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 126.

¹⁰⁷⁴ S. KABA, « L'Avenir des droits de l'homme en Afrique au XXI^e siècle, Dakar, Le nouvel horizon, 1996 ;

F. FIERENS, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », RTDH, vol. 1, 1990, p. 235-248.

CADBE, comme de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, semble nécessaire et opportun à propos des devoirs, d'autant plus que la doctrine est d'avis que cette consécration n'est plus véritablement valable dans le contexte actuel de renouveau démocratique et de la citoyenneté¹⁰⁷⁵. En définitive, à défaut d'une amélioration qualitative des instruments africains dans l'immédiat, il conviendrait provisoirement de s'abriter derrière la vénérable sagesse de René-Jean Dupuy: « On ne saurait *opposer, dans l'absolu, communauté et individu. La dialectique est celle de la communauté, sans laquelle l'homme est irresponsable, replié sur ses droits comme sur un patrimoine égoïstement gardé, et celle de l'homme, sans lequel la communauté devient une entité oppressive sinon meurtrière*¹⁰⁷⁶ ». Cette question demeure d'actualité pour un texte proclamé afin de garantir aux enfants la protection spéciale qui leur est due, en raison de leur vulnérabilité.

Par ailleurs, on ne peut s'empêcher de constater les incertitudes juridiques qu'entretient la CADBE par rapport à la CIDE. Ces incertitudes concernent, par exemple, les développements relatifs aux enfants en conflit avec la loi et, plus particulièrement, les enfants privés de liberté. C'est ainsi que la CADBE ne contient pas de disposition stipulant expressément qu'aucun enfant ne saurait être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire, ou que « *l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible* », comme le précise l'article 37 b de la CIDE. De même sont absents des principes clés de l'administration de la justice pour les mineurs tels que : la légalité et la non-rétroactivité des peines et des délits, le principe selon lequel aucun enfant ne saurait être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable, ou encore la nécessité de « prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire ». Ces incertitudes s'étendent aussi au droit de tout enfant à l'information ou à une protection sociale. Certes proclamer ces droits n'aurait pas conduit à leur satisfaction immédiate au regard des difficultés économiques et sociales persistantes en Afrique, mais il aurait mieux valu les énoncer au détriment des devoirs qui ne font qu'accentuer le caractère incertain du progrès revendiqué.

¹⁰⁷⁵ A.-D. OLINGA, « L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain », Revue de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, vol. 8, n° 1, 1999, p. 55-76.

¹⁰⁷⁶ RENE-JEAN DUPUY, « Thème et variations sur le droit au développement », in Mélanges offerts à CHARLES CHAUMONT, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthode d'analyse du droit international », Paris, Pédone, 1984, p. 273.

Enfin, ainsi que c'était déjà le cas pour la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les clauses de limitation contenues dans la CADBE ne semblent pas présenter toutes les garanties d'un caractère nécessaire dans une société démocratique. En effet, l'exigence de légalité est la seule condition prévue et aucune mention n'est faite quant aux motifs de restriction habituellement retenus qui tiennent à la protection de l'ordre public, de la santé et de la morale publique, de la sécurité ou encore des droits et des libertés d'autrui. Comme la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples l'a déjà fait, il reviendra sans doute au Comité d'experts ou à la Cour africaine des droits de l'homme de préciser les conditions des restrictions que les Etats parties pourront apporter aux droits reconnus aux enfants en Afrique dans la CADBE.

Certes, cet engagement est un grand progrès, mais vu l'organisation socioculturelle du pays, il laisse trop à désirer : on peut dire, un bon engagement en théorie, mais, incertain pratique.

B- Un engagement incertain : ou progrès incertain

173. Le Juge comorien est confronté à un quadruple catalogue formel de protection des droits de l'enfant de nature coutumière, fondée sur la tradition comorienne vis-à-vis de l'enfant, national, fondé sur le droit moderne d'inspiration française, régional fondé sur les Conventions ou Chartes régionales de protections des droits et du bien-être de l'enfant, et enfin international, basé sur les Conventions internationales à caractère général ou universel, des droits de l'homme et des peuples. Cette superposition, n'est pas dénuée de toute divergence, ces divers ordres juridiques se superposent et se confrontent inlassablement. Pour prévenir les tiraillements incessants, une position de principe semble se dégager des travaux du Comité d'experts de la CADBE sur une correspondance d'interprétation entre la CADBE et la CIDE, tout en préservant le fait que le droit régional africain accorde une protection plus étendue au regard des réalités africaines. Ce qui démontre que la CADBE devrait pouvoir s'intégrer harmonieusement dans les différents champs institutionnels préexistants, internes et internationaux, dans la mesure où elle va permettre de renforcer l'offre des droits et des garanties pour la protection de l'enfant en Afrique. Cependant, la complexité du système comorien, les difficultés de son institutionnalisation, la multiplication des ratifications conventionnelles, les capacités limitées du système et les défis titanesques sur la situation de l'enfant aux Comores indiquent que ce progrès est incertain. Difficile dans un pays où le chantier institutionnel n'est pas effectif et reste en quête de légitimité et d'attractivité (1) et un dispositif aux capacités et perspectives limitées (2)

1- Un chantier institutionnel en quête de légitimité et d'attractivité

174. Il est légitime et opportun de s'interroger sur l'efficacité et l'attractivité de la CADBE. L'adéquation socioculturelle dont elle serait l'expression normative, et qui visait à compléter le système universel fondé sur la CIDE, pourrait-elle sanctuariser les droits de l'enfant en Afrique ?

Est créé en Afrique un Comité d'experts ayant un statut classique d'organe quasi juridictionnel de protection des droits de l'homme. Cependant, les conditions de sa saisine méritent d'être mieux précisées, faute de dispositions spécifiques sur les conditions de recevabilité des communications individuelles. L'article 32 de la CADBE a créé le Comité d'experts, composé de onze membres siégeant à titre personnel et ayant les plus hautes qualités de moralité, d'intégrité, d'impartialité et de compétence pour toutes les questions concernant les droits et le bien-être de l'enfant. En vertu de l'article 11 al.2 du Règlement intérieur adopté par le Comité, *« l'état de membre du Comité africain est incompatible avec une activité susceptible de compromettre l'indépendance ou l'impartialité du membre, ou de porter préjudice à ses fonctions telles que travailler dans une organisation intergouvernementale, une institution de l'ONU ou occuper des fonctions de Ministre, de vice-ministre, de député, d'ambassadeur ou tout autre poste comportant une affiliation politique »*.

Les articles 43 à 45 de la CADBE énoncent les différentes compétences reconnues au Comité, afin de remplir les missions qui lui sont attribuées. En vertu de l'article 43, le Comité d'experts est compétent pour recevoir et examiner les rapports des Etats parties, sur les mesures qu'ils ont adoptées afin de rendre effectives les positions de la CADBE ainsi que sur les progrès réalisés dans l'exercice des droits proclamés. Les Etats ne s'empressent pas toujours de présenter leurs rapports malgré les nombreux rappels du Comité. Le Comité d'experts a une compétence pour procéder aux enquêtes ou investigations sur les faits laissant supposer des violations des droits de l'enfant dans un Etat membre. En effet, l'article 45 de la Charte prévoit que le Comité pourra recourir à toute méthode appropriée pour enquêter sur toute question relevant de la CADBE. Il pourra pour ce faire, demander aux Etats parties toute information pertinente sur l'application de la CADBE et recourir à toute méthode appropriée pour enquêter sur les mesures adoptées par les Etats, afin de mettre en œuvre les dispositions de la CADBE.

L'article 44 de la CADBE reconnaît la compétence du Comité d'experts en matière de communications individuelles. Ces communications, visant les Etats parties, pourront porter sur toute question traitée par la CADBE, et elles pourront être présentées par tout individu, groupe ou organisation non gouvernementale reconnue par l'UA, par un Etat membre, ou par l'ONU. La procédure de communications prévue par la CADBE constitue une avancée considérable par rapport à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. En effet, cette dernière ne prévoit aucune procédure contentieuse ou quasi contentieuse de contrôle et de sanction des violations des droits de l'enfant reconnus dans la Convention. Les seuls mécanismes prévus sont ceux axés sur la promotion des droits proclamés.

Le Comité d'experts ne peut se saisir valablement d'une communication individuelle que lorsque les voies de recours internes auront été épuisées et qu'aucune autre « juridiction » internationale n'aura été saisie. Il s'agit donc d'une saisine exclusive qui interdit au requérant de tenter sa chance devant toutes les instances internationales et régionales au même moment, pour éviter ainsi de les mettre toutes en concurrence sur la même affaire. Ce passage obligatoire devant le juge interne est cependant perçu par de nombreux justiciables comme un préalable dissuasif dans la mesure où l'indépendance de la justice en Afrique n'est pas garantie.

Deux idées principales peuvent être développées sur ce point particulier : premièrement, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples s'est prononcée à de nombreuses occasions pour préciser qu'il « *serait incorrect d'obliger les plaignants à user des voies de recours qui ne fonctionnent pas de façon impartiale et qui ne sont pas tenues de statuer conformément aux principes de droit. Le recours n'est ni adéquat ni efficace*¹⁰⁷⁷ », c'est-à-dire que l'on ne saurait contraindre les plaignants à « épuiser des voies de recours internes qui, en termes pratiques, ne sont ni disponibles ni pratiques¹⁰⁷⁸ ». Enfin, l'on ne saurait épuiser les voies de recours internes sans une assistance judiciaire adéquate lorsqu'elle est nécessaire. Ainsi, « *l'accusé devrait être représenté par un avocat de son choix. L'objectif de cette disposition est de garantir que l'accusé ait confiance en son avocat*¹⁰⁷⁹ ». La situation est aggravante lorsque l'avocat de l'accusé est lui-même harcelé par le pouvoir. Ainsi dans

¹⁰⁷⁷ Communication 60/91, Affaire Constitutional Rights Project c. Nigéria.

¹⁰⁷⁸ Communication 71/92, RADDHO c. Zambie.

¹⁰⁷⁹ Communication 218/98 § 28-29.

l'affaire Kensaro-Wiwa, la commission souligne que le fait de harceler les avocats, de les menacer dans leur vie privée ou professionnelle, jusqu'à les pousser à se retirer de l'affaire est une violation de la Charte africaine qui prive les plaignants d'une bonne administration de la justice (§26-30). Il s'agit d'une confirmation de l'interprétation adoptée dans l'affaire Constitutional Rights Project c. Nigéria (Communication 87/93) où la Commission a conclu à la violation de la Charte dès lors que « pendant le procès, *l'avocat de la défense a été harcelé et intimidé à tel point qu'il a été obligé de se retirer de la procédure* ». Cela montre la difficulté pour les Etats membres à respecter les Conventions quelles soient régionales ou internationales. Les juges nationaux sous la pression du pouvoir politique a du mal à trancher un litige conformément à la loi en toute indépendance et neutralité.

Le Professeur Maurice Kamto pense qu'il faut cependant relativiser le caractère infranchissable que représenterait l'obstacle de la justice interne pour de nombreux justiciables. Il soutient qu'on ne peut pas se contenter de proclamer les déficiences connues de la justice en Afrique. Par-delà les problèmes réels, « *il est juste de relever l'apathie des justiciables et l'inefficacité de leurs conseils*¹⁰⁸⁰ ». Dans de nombreux pays africains, la reconnaissance judiciaire de l'applicabilité des conventions internationales n'a pas entraîné de la part des justiciables un engouement à s'y fonder pour obtenir la protection de leurs droits. Bien souvent, la méconnaissance par les justiciables des procédures judiciaires particulièrement complexes et formalistes entraîne une réaction de suspicion à l'égard de la justice. Deuxièmement, la recevabilité de la communication devant le Comité d'experts suppose déjà que la requête ait été acceptée comme telle par au moins une majorité des membres du Comité, faute de quoi elle ne serait pas inscrite sur le registre officiel des communications qui est le début de la procédure. De même, la saisine du Comité d'experts ne devrait pas se transformer en une entreprise calomnieuse contre les Etats membres et les principes de l'UA. Bien plus, la réunion cumulative des sept conditions de recevabilité définies à l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples serait obligatoire pour franchir le seuil de la recevabilité.

Quant au droit applicable, l'article 46 de la CADBE précise que « *le Comité s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme ainsi que des valeurs du patrimoine traditionnel et culturel africain* ».

¹⁰⁸⁰ MAURICE KAMTO, « Charte africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, constitutions nationales : articulations et perspectives », in *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, p. 43.

Lorsque le Comité d'experts pourrait constater que les violations ont eu lieu, il ferait des recommandations à l'Etat visé, afin qu'il s'assure qu'une enquête est menée sur ces allégations, que les victimes sont dédommagées et que des mesures sont prises pour éviter que cela ne se reproduise. Une telle investigation devrait éviter le renvoi de nombreuses requêtes souvent envoyées par des enfants vivant dans le désespoir et ne disposant pas d'un niveau suffisant pour comprendre toute la complexité des procédures devant une instance internationale.

Les relations naturelles entre la Commission ou la Cour africaine des droits de l'homme peuvent cependant masquer des conflits de compétence. D'où l'intérêt d'une rationalisation et d'une harmonisation des procédures et des termes de la gouvernance de ces organes pour avoir un système global renforcé et efficace. En ce qui concerne la relation entre le Comité et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, le Comité a reçu le mandat d'interpréter les dispositions de la CADBE, en cas de conflit au sujet de cette interprétation ou de l'application. La Cour a la compétence d'examiner les cas qui lui sont soumis, et de se prononcer selon le cas. De plus, il serait nécessaire que le Comité ait accès à la Cour. On peut également proposer que les secrétariats du Comité et de la Commission puissent travailler en étroite collaboration en vue d'harmoniser leurs activités.

Le Règlement intérieur du Comité d'experts précise que dans le cas où le rapport initial d'un Etat a déjà été examiné par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, « les observations finales et les recommandations du Comité seront prises en compte par le Comité africain au moment de la préparation de la liste de questions à soumettre au gouvernement concerné *et lors de l'adoption de ses propres observations finales et recommandations* ». L'un des membres du Comité d'experts, Madame Nakpa Polo, a assisté à la 38^{ème} session du Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant à Genève, en qualité d'observateur.

Les directives générales concernant la forme et le contenu des rapports initiaux à présenter dans le cadre de l'article 44 al 1a, de la CIDE ont largement inspiré les directives pour l'établissement des rapports des Etats parties à la CADBE. En effet, l'article 25 des directives autorise les Etats à « *s'inspirer de ces rapports pour rédiger ceux à soumettre au Comité africain, en incorporant les éléments nouveaux et spécifiques à la Charte africaine* ». Il est à espérer que cette disposition, qui tend à limiter les lenteurs administratives inhérentes à la multiplication des obligations conventionnelles en matière de rapports, sera bien

accueillie par les Etats et aura pour effet de les encourager à respecter les obligations découlant pour eux de la CADBE.

Actuellement, la société comorienne est remplie de paradoxes relatifs au statut de l'enfant. En ce sens, il nous faudra rechercher un cadre juridique bien consensuel et une conciliation des divers ordres juridiques reconnus par le droit positif relatif à l'enfant pour trouver les moyens de régler les conflits normatifs dans la vie personnelle des enfants. C'est en recherchant l'effectivité de la règle de droit au regard du poids de la CIDE, du droit musulman et du droit coutumier que nous pourrions espérer une possible application du droit par le juge, tout en respectant les normes internationales. Il faut essayer de trouver les moyens de concilier les normes internationales avec les réalités nationales interculturelles.

2- Un dispositif aux capacités et perspectives limitées

175. En l'état actuel de la modernité, on s'efforce de définir l'enfant en droit positif comorien sur deux plans essentiels, un formel et l'autre judiciaire. Sur le plan formel, l'analyse de la condition juridique de l'enfant comorien se fera dans une perspective historique et interculturelle, en considération des spécificités de chaque Île. Il s'agit particulièrement d'analyser la place de l'enfant dans la relation avec sa famille, ses rapports avec l'Etat et la société en général en tenant compte des trois sources fondamentales de la règle de droit. Sur le plan judiciaire, on s'est demandé si la mise en place de la Cour suprême en 2012¹⁰⁸¹ apportera une amélioration de la protection dressée par le législateur comorien à la lumière du droit international. Cette première question centrale, suscite plusieurs interrogations à cause de la nature évolutive de la protection de l'enfant, induite par les nouveaux textes et les nouvelles mesures imposées par la CIDE. Ainsi, la question est de savoir comment on peut mesurer l'application de la CIDE dans un pays où la pauvreté atteint un degré important. On doit se demander aussi quelle est la place de la protection internationale de l'enfant dans le dispositif national.

Le dispositif en cours de consolidation mérite d'être renforcé pour éviter un enlisement prévisible au regard des entraves déjà constatés et des défis titanesques qui l'attendent.

L'absence d'un Secrétariat permanent paraît à l'origine de certains dysfonctionnements du Comité d'experts, par exemple en ce qui concerne la publicité de ses sessions et sa

¹⁰⁸¹ Institué depuis 2005 par la loi organique n° 5-016/AU du 20 décembre 2005, cette institution n'a jamais eu de fonctionnement effectif. Il aura fallu attendre le 12 décembre 2012 pour voir la Cour suprême devenir fonctionnelle, en tout cas pas encore opérationnelle.

coordination administrative. De même, le défaut de Secrétariat permanent, et donc de contact avec le personnel de l'Union africaine à Addis-Abeba, a été évoqué par certains membres du Comité comme ayant eu des conséquences, au cours de leurs premières années de mandat, sur les activités qu'ils auraient pu entreprendre u niveau international. Les Etats membres de l'UA donnent l'impression de ne pas se préoccuper du sort du Comité d'experts. Certes, il y a une inflation institutionnelle au sein de l'UA avec la prolifération des comités et organes techniques. Vu l'importance de la CADBE, la moindre des choses aurait été de doter le Comité d'experts d'un Secrétariat véritablement opérationnel, au lieu de le confiner à l'étroit au sein de la Commission des affaires sociales.

Même les bonnes nouvelles perdent de leur force quand on considère les difficultés que connaissent les enfants aux Comores comme en Afrique. Malgré les modestes progrès dont ont bénéficié les enfants de certains pays d'Afrique au cours des années 1990, les enfants d'Afrique et surtout subsaharienne ont davantage de risques d'être malades que les enfants de toute autre région du monde. Ils ont par ailleurs moins de chances d'être scolarisés et risquent davantage de mourir avant d'atteindre l'âge de cinq ans. Les enfants africains et leurs parents, pris dans un engrenage de guerre, de maladies et de pauvreté toujours plus grand, se trouvent dans une mauvaise posture pour faire face aux défis de la mondialisation.

Les trois principales catastrophes qui entravent la jouissance des droits de l'enfant en Afrique sont le sida, la guerre et la pauvreté. Sur les 2, 7 millions de séropositifs âgés de moins de 15 ans dans le monde en 2001, 2, 4 millions se trouvent en Afrique.

Les conflits ont également anéanti le progrès des droits de l'enfant en Afrique. Aucun conflit au monde n'a eu des retombées aussi catastrophiques sur les enfants que le conflit qui sévit par exemple la République centrafricaine en ce moment, sans oublier de rappeler que la République démocratique du Congo a perdu dans les hostilités qui ont commencé en 1998 plus de 2, 5 millions d'enfants. Les enfants ne sont pas uniquement ciblés par la violence, il arrive qu'ils commettent eux-mêmes des violences lorsqu'ils sont enrôlés de force aussi bien par l'armée du gouvernement que par les forces rebelles. Ils sont parfois, contraints de comettre des atrocités contre des membres de leur propre famille.

Outre les conflits fratricides, le sida, le paludisme et la pauvreté, la vulnérabilité de l'enfant en Afrique est due, entre autres, à l'analphabétisme, aux résistances et pesanteurs socioculturelles de toutes sortes, à la démographie galopante et incontrôlée, à la corruption et

l'absence de démocratie, au mépris des lois et conventions internationales considérées comme inutiles dans un contexte de précarité quotidienne et à l'insuffisante qualification des personnes impliquées dans les questions relatives aux enfants.

Les juridictions internes et la Cour africaine des droits de l'homme devraient participer à l'œuvre de socialisation de la CADBE et des autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'enfant¹⁰⁸². Au-delà des problèmes de formation et information des acteurs de la justice, c'est une invitation à mettre la CADBE au cœur des pratiques judiciaires, car les Etats africains ne peuvent se résoudre à ignorer leurs propres engagements internationaux et proclamations officielles¹⁰⁸³. Certes, le discours politique ambiant semble accorder la priorité à la satisfaction des besoins essentiels des enfants¹⁰⁸⁴ qui sont dans des conditions de pauvreté. Mais il est quasiment impossible de sortir de la pauvreté pour un enfant sans une réelle jouissance de l'ensemble de ses droits fondamentaux.

Le système africain de protection des droits de l'enfant offre non seulement des réelles possibilités de blâmer les Etats dont les comportements paraîtraient manifestement peu soucieux de la dignité humaine de l'enfant, mais il peut contribuer aussi à favoriser une réelle intégration des Etats africains par le droit sur la base des valeurs universelles partagées par la communauté internationale. L'attractivité du système africain de protection des droits et du bien être de l'enfant reste à construire. Les voies d'accès à ce système peuvent apparaître escarpées pour de nombreuses victimes qui tenteront de les emprunter. Reste que le système a le mérite d'exister. Il contribue progressivement à l'émergence et la consolidation d'une protection régionale des droits de l'enfant en Afrique. Les limites et imperfections de la CADBE peuvent être surmontées avec une réelle volonté des Etats membres de l'Union africaine. Les arguments jadis évoqués sur les cultures africaines devraient être abandonnés, car l'universalité des droits de l'enfant n'est pas un obstacle à la diversité des cultures. Mais il existe des valeurs universelles sur lesquelles aucune régression ne peut être tolérée. Une telle évolution est souhaitable pour peu que l'Union africaine place les droits de l'enfant au cœur du panafricanisme qu'elle prétend réaliser pour préserver les enfants africains des fléaux de la guerre, de la peur et de la misère. Malgré tout cela, les Comores montre sa

¹⁰⁸² M. KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », in *La Justice en Afrique*, G. CONAC et J. DU BOIS DE GAUDUSSON (dir.), Paris, La documentation française, 1990, p. 62.

¹⁰⁸³ Vers une société de droit en Afrique centrale, J.-D. BOUKONGOU (dir.), Yaoundé, PUCAC, 2001, p. 396.

¹⁰⁸⁴ En particulier des besoins de santé, d'éducation.

§2 : Face à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981

176. On entend pas ici faire une étude globale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, il s'agit de faire un constat sur le respect de certains droits. Plusieurs droits sont garantis par ladite Charte mais notre attention sera portée sur deux : le droit à la protection de la propriété (A) et le droit à la liberté d'expression (B)

A- Le droit à la protection de la propriété

177. Pour s'inscrire dans l'ordre adopté par la Cour africaine des droits de l'homme, il faut étudier successivement la protection contre la privation de la propriété (1) et la protection contre les atteintes à la substance du droit de propriété (2)

1- La protection contre la privation de la propriété

178. La Cour africaine des droits de l'homme a précisé qu'elle entendait par privation de propriété au sens de la Charte, non seulement les expropriations formelles qui correspondent à un transfert de propriété mais également les expropriations de fait qui dépouillent les particuliers du droit d'user de leurs biens, de les louer ou de les vendre¹⁰⁸⁵. Certes, l'adage selon lequel « *l'Etat est l'héritier de ceux qui en ont pas* » peut trouver à s'appliquer dans les cas exceptionnels où un terrain se trouve durant une période de 30 ans inexploité, et aussi du fait de l'absence d'un acte probatoire justifiant d'un propriétaire. En 2004, la justice comorienne à la demande du Colonel Azali, président de la République de l'époque, a ordonné la destruction de bien mobiliers et immobiliers détenus par des propriétaires attestant d'un droit de propriété sur ces biens là. Une telle destruction est injustifiée et est contraire au droit du respect et de la protection de la propriété¹⁰⁸⁶. Toutes ces destructions ne sont pas assorties d'aucune possibilité d'indemnisation¹⁰⁸⁷ et le juge comorien

¹⁰⁸⁵ Sur cette question, voir arrêt Mellacher du 15 décembre 1989. Pour aller plus loin voir aussi l'affaire des Saints Monastères jugée le 9 décembre 1994. La CEDH a estimé ici que l'établissement d'une présomption de propriété au profit de l'Etat constituait une privation même si les monastères n'avaient pas été physiquement dépossédés par une expulsion administrative.

¹⁰⁸⁶ Pour comprendre une telle atteinte, il faut se reporter à l'arrêt Hentrich c/ France du 22 septembre 1994.

¹⁰⁸⁷ Pour les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne française voir l'arrêt Lithgow du 8 juillet 1986.

n'est pas en mesure de donner satisfaction aux victimes car la décision de destruction même contraire à une Convention internationale émane de lui.

La loi, permet de sanctionner un propriétaire qui ne respecte pas son droit de propriété, par exemple, le refus, ou l'omission de payer les impôts inhérents à ces biens¹⁰⁸⁸. Mais dans ces cas là, il faut y avoir une réglementation qui encadre ce droit, et c'est bien le cas en droit européen dans son article 1^{er} qui vise les lois nécessaires pour réglementer l'usage des biens ou pour assurer le paiement des impôts, contributions ou amendes¹⁰⁸⁹. La réglementation de l'usage des biens entendue au sens large comprend donc l'obligation de payer l'impôt¹⁰⁹⁰ ; les confiscations fiscales et douanières¹⁰⁹¹ ; les restrictions imposées en matière d'urbanisme et d'environnement¹⁰⁹², les réductions de loyers¹⁰⁹³, etc.

On constate que la Cour européenne des droits de l'homme impose aux Etats membres de respecter des droits considérés comme fondamentaux et protégeant tout propriétaire. Les Etats par leurs juges nationaux et par le principe de subsidiarité doivent faire respecter ces principes et sanctionner tout ce qui va à l'encontre de ces principes fondamentaux. Tel devait être le rôle de la Cour Africaine des droits de l'homme, mais en réalité elle est loin d'assurer cette fonction fondamentale.

Le respect du droit de propriété en Union des Comores est mise à mal, et cela est dû au laxisme juridique que connaît le pays, l'impossibilité pour le juge de respecter de tels principes en raison de la mentalité des gens, de la structure de la société comorienne et du manque de règles internes puissantes régissant et protégeant ce droit. En 2001, un village décida de construire un terrain de football, mais pour construire un stade de foot ball, mais avant de construire ce stade, il a été nécessaire de trouver un grand terrain. Le village n'ayant pas de terrain, a décidé de priver deux familles de leur droit de propriété en capurant deux grands terrains qui servaient de champs de culture de maïs, de manioc etc. Les victimes de

¹⁰⁸⁸ A noter qu'il est quasi-impossible de sanctionner un comorien sur ce point là, car chaque famille possède ses propres terrains, et maisons, et aucune taxe foncière ni d'habitation n'est réglementée.

¹⁰⁸⁹ Arrêt Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH du 23 février 1995, § 59.

¹⁰⁹⁰ Arrêt Darby du 23 octobre 1990.

¹⁰⁹¹ Arrêts Gasus Dossier, précité, Agosi du 24 octobre 1986 et Air Canada du 5 mai 1995.

¹⁰⁹² Arrêt Pine Valley du 29 novembre 1991 et Fredin du 18 février 1991.

¹⁰⁹³ Arrêt Mellacher du 19 décembre 1989.

cette atteinte porte plainte, pas contre le village tout entier, mais contre quatre individus qui ont joué un rôle important dans la confiscation des terrains. La gendarmerie a adressé les quatre convocation aux quatre personnes, et le village tout entier a décidé unanimement de se rendre à la gendarmerie et a interdit aux quatre personnes convoquées de répondre à cette convocation. Ces villageois sont immédiatement déférés au tribunal pour être entendu, et le juge après avoir reçu les conclusions du villages selon lesquelles je cite : « Dans notre tradition villageoise, on a toujours eu le droit de priver des gens de leur droit de propriété *pour des raisons d'intérêt général*. Grâce à ce droit naturel, on a pu construire, une grande place publique dans laquelle toutes les activités villageoises y sont organisées. Grâce à ce droit naturel, on a pu construire une grande école primaire dans laquelle tous les enfants du village et même venant d'ailleurs sont scolarisés. Aujourd'hui nécessité est pour la construction d'un grand stade de football pour recevoir le championnat des Comores. Ce droit qui entre en contradiction avec le droit de propriété est aussi, selon la conception et l'histoire de notre village un droit fondamental auquel personne ne peut y déroger y compris la justice¹⁰⁹⁴ ». Et le juge tranche le litige en donnant raison au village, une décision qui va coûter très chère aux justiciables origines de la plainte, car ils vont écopé de deux types de sanction : une, d'exclusion de participer à toute activité villageoise pendant plus de 20 ans, alors que la Charte africaine des droits de l'homme dans son article 17 alinéa 2 prévoit que « Toute personne peut prendre part librement à la vie culturelle de la Communauté¹⁰⁹⁵ », et aucun villageois n'a le droit de mettre ses pieds chez l'un de ces quatre personnes, ni de les parler, ni de les porter secours, l'autre sanction est pécuniaire, ils doivent payer des dommages et intérêts dus au préjudice qu'ils ont fait subir le village en l'envoyant en justice¹⁰⁹⁶.

A la lecture de toutes ces situations, on voit mal comment un juge comorien est-il capable de protéger une personne victime de son droit de propriété, quand les décisions mêmes

¹⁰⁹⁴ Conclusions rédigées non par un avocat, mais par un magistrat qui, à l'époque exerçait toujours ses fonctions de juge mais aussi, venant du village à l'origine du litige. Après avoir entretenu avec lui il m'a dit de garder l'anonymat.

¹⁰⁹⁵ Cette disposition de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, protège l'individu contre toutes les formes d'exclusion dans la vie sociale, on peut imaginer que les rédacteurs de ladite Charte sont conscients de l'omniprésence de cette sanction en Afrique, mais le fait que celle-ci soit interdite ne suffit pas pour protéger les individus de la communauté car il n'y a pas un jour qui passe sans vivre ce phénomène ; et le juge étatique n'est pas en mesure de pouvoir trancher sur cette question.

¹⁰⁹⁶ Il faut noter aussi que des telles affaires sont fréquentes en union des Comores, dans un autre village, des familles ont été privées de leur droit de propriété et ont été même appelées à quitter leurs maisons à usage d'habitation pour des raisons d'intérêt général, toutes ces familles, ont été reçues par d'autres villages voisins, et on pu bénéficier par générosité de ces villages, des terrains pour construire de nouvelles maisons servant de résidence avec leurs enfants.

origines de ladite atteinte émane de lui. Dans toutes les manières, la protection contre toutes les atteintes à la substance du droit de propriété est aussi une mission à laquelle le juge doit faire face.

2- La protection contre les atteintes à la substance du droit de propriété

179. La Charte africaine des droits de l'homme dans son article 4 comme indiqué très haut, garanti le droit de propriété¹⁰⁹⁷, mais aussi interdit toute atteinte à ce fameux droit « Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois de propriétés¹⁰⁹⁸ ». grâce au rôle autonome reconnu à la deuxième phrase de l'article 14, la Cour africaine des droits de l'homme entend protéger le propriétaire contre les atteintes qui sans être constitutives d'une privation de propriété ou d'une réglementation de l'usage des biens portent atteinte à la substance du droit de propriété en ne respectant pas le juste équilibre à ménager entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu¹⁰⁹⁹. L'objet de la deuxième phrase est de chercher la nature de l'atteinte, puis e la sanctionner¹¹⁰⁰. Pour l'heure, la règle de la deuxième phrase de l'article 14, véritablement primordiale dans sa fonction interprétative, n'est donc guère autre chose qu'une doublure dans sa fonction protectrice. En droit européen, depuis quelque temps, cette règle semble néanmoins avoir trouvé plusieurs utilités spécifiques : celle de sanctionner les retards à exécuter les décisions de justice¹¹⁰¹ ; celle de protéger les actions des sociétés commerciales¹¹⁰², voire celle de sauvegarder la qualité de l'environnement du propriétaire d'une maison¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁷ MONTI L., « La CEDH et le droit de propriété, thèse Nice, 2001. – SOUDRE F., « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », D. 1988, chron. P. 71 et s. – ZATTARA A. – F., « La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété », LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 351, 2001.

¹⁰⁹⁸ Article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, première partie, « des droits et devoirs » Chapitre 1 « des droits de l'homme et des peuples ».

¹⁰⁹⁹ Voir l'arrêt Spörrong et Lönnroth du 23 septembre 1982, une révolution juridique importante pour le droit européen de la protection des droits de l'Homme que celles déclanchées en droit administratif et en droit civil français par les arrêts Blanco et Jeand'heur. Voir aussi les arrêts Ekner et Hofauer du 23 avril 1987 et Piliapoulos du 15 février 2001.

¹¹⁰⁰ CONDORELLI LUIGUI, « Premier protocole additionnel », article 1, in la Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, sous la direction de L.-E. PETITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, Economica, 2^e éd., 1999.

¹¹⁰¹ Voir les arrêts Georgiadis du 28 mars 2000 ou Matheus du 31 mars 2005.

¹¹⁰² Arrêt Sovstransavto Holding, 25 juillet 2002.

¹¹⁰³ Fotopoulou, 18 novembre 2004.

La charte protège certes les propriétaires de toutes atteintes de droit de propriété, mais comme elle ne définit pas ces atteintes et en restant trop large dans sa rédaction de ladite règle, le juge national a de mal à définir cette atteinte. La règle pose des exceptions, « la nécessité publique » et « *dans l'intérêt général* », mais qu'est-ce que c'est cette nécessité publique, et à partir de quel moment peut-on qualifier une atteinte au droit de propriété comme nécessaire pour l'intérêt général ? Tout ça, pose problème au juge comorien, et les affaires citées très haut, en font preuve. Pour être en mesure de respecter ces principes fondamentaux, une réglementation générale du droit de propriété doit être fixée clairement pour éviter toute forme d'arbitraire, contraire au fameux droit à un procès équitable, comme le déclare Montesquieu « *Si la loi veut quelque chose, qu'elle la prévoit, si elle la prévoit pas c'est qu'elle la veut pas*¹¹⁰⁴ ». à Noter enfin que, même si la protection du droit de propriété n'est pas garantie dans la réalité des choses, la Constitution comorienne dans son préambule, affirme sa volonté de bien le respecter en le donnant une valeur constitutionnelle¹¹⁰⁵. L'être humain est considéré comme libre dans la mesure où sa liberté ne porte pas atteinte à celle des autres, il bénéficie du droit à la liberté d'expression.

B- Le droit à la liberté d'expression

180. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples entend protéger le droit à la liberté d'expression. Dans son article 6, elle prévoit que « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi¹¹⁰⁶ ».

L'interprétation de cette disposition, permet d'inclure à cette liberté de l'être humain garantie par la Charte, la liberté d'expression. L'interprétation extensive de cette liberté nous permet non seulement de préciser l'extension du contenu du droit garanti (1), mais aussi de dégager une appréciation restrictives des limitations qui peuvent lui être apportées (2)

¹¹⁰⁴ Montesquieu, « De l'Esprit des lois », 1748.

¹¹⁰⁵ Article 1^{er}, Préambule de la Constitution du 23 décembre 2001.

¹¹⁰⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a souvent eu l'occasion d'appliquer l'article 10 qui consacre ce même principe.

1- Extension du contenu du droit garanti

181. Les termes de l'article 6 de la Charte regroupent sous la même formule la liberté d'opinion (a) et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations (b). Sous ces deux aspects, le droit à la liberté d'expression connaît un élargissement considérable.

a- *Le droit à la liberté d'opinion*

182. Manifestation essentielle du pluralisme, la liberté d'opinion est évidemment un des piliers de toute société démocratique¹¹⁰⁷. Or, emprunter cette voie d'entrée à l'étude de cette liberté comme justifiant la valeur démocratique, conduit à s'accorder sur un présupposé qui nous paraît discutable, à savoir que le pluralisme est quasiment consubstantiel à la Charte africaine. C'est là une idée reçue, qui tient du cliché. Or, si « pluralisme » est « un mot qui sonne bien », comme le note Mireille Delmas-Marty¹¹⁰⁸, et que l'on accorde volontiers à la Charte africaine, ce mot est absent du texte conventionnel et, curieusement, le thème du pluralisme et de la Charte africaine n'a fait l'objet d'aucune étude d'importance.

Le droit à la liberté d'opinion c'est un droit difficile à mettre en œuvre en Union des Comores, nonobstant sa valeur constitutionnelle. Certes, la Constitution pose ce principe et les Comoriens acceptent qu'un étranger présent sur le sol comorien puisse pratiquer librement sa conviction religieuse¹¹⁰⁹. Mais la difficulté réside bien dans le cas d'un Comorien. Un Comorien peut pratiquer librement sa religion, mais pas en toute sécurité car c'est un comportement pouvant heurter l'ordre public interne, et on l'a vu, plusieurs pratiquants ont choisi de partir à l'étranger où ils se sentent mieux protéger pour pouvoir pratiquer leurs convictions en toute sécurité et tranquillité. Pour les Comoriens, une telle opinion est inquiétante, et le juge même quand il a été saisi pour cette question, il a décidé de garder le silence, car protéger l'individu contre toute atteinte liée à ce principe est vu comme

¹¹⁰⁷ L'arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, A. 24§ 49, in F. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, « Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », PUF, « Thémis », 4^e éd., 2007, cité, GACEDH, n° 7. a-t-il affirmé qu'elle valait non seulement pour les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles heurtent, choquent ou inquiètent. La formule fameuse de l'arrêt est « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de société démocratique ».

¹¹⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales » revendication des droits individuels, in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 81.

¹¹⁰⁹ Il faut noter que malgré le caractère islamique de la République des Comores, des Eglises sont implantées sur le sol de ce pays et ne cessent de s'accroître.

contraire à l'équilibre de la société. Le problème ne se pose pas seulement aux Comores. Il y a toujours quelques difficultés pour reconnaître le bénéfice de ce droit même dans les pays considérés comme piliers des droits de l'homme à l'exemple de l'Allemagne où le problème vient de ce que le droit d'accès à la fonction publique a été délibérément omis par la Convention. C'est pourquoi les arrêts *Glaser* et *Kosick* rendus le 28 août 1986 avaient considéré que si, en règle générale, les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires, l'article 10 ne peut leur être d'aucun secours lorsque leur titularisation a été refusée ou annulée en raison de leurs opinions politiques en l'occurrence contraires à l'obligation de loyauté exigée par le droit allemand.

Il faut noter que pendant longtemps, la liberté d'exprimer son opinion politique a été mise à mal ; il est aussi à noter que des avocats avaient été détenus pour avoir même critiqué le fonctionnement défectueux de l'institution judiciaire.

La liberté d'opinion reste toujours un sujet qui prête à discussion partout dans le monde, et la jurisprudence même européenne ne cesse d'évoluer sur cette question¹¹¹⁰. La liberté d'opinion, même s'elle confère à l'individu une garantie de s'exprimer, de comprendre ou de ne pas comprendre, de croire ou de ne pas croire, elle peut aussi heurter à de multiples problèmes liés à la structure de chaque société.

Le droit à la liberté d'expression n'est pas dissociable à la liberté d'information.

b- Le droit à la liberté d'information

183. Le droit à la liberté d'information c'est avant tout le droit de communiquer des informations, le souci est là, car les entreprises de presse qui diffusent la plupart des informations étant rarement des entreprises individuelles alors que la Charte parle de liberté individuelle. En droit européen, la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision du 22 mai 1990 a décidé d'élargir cette liberté, par une interprétation extensive, en déclarant conformément à l'article 10 que cette liberté valait non seulement pour les personnes physiques mais également pour les personnes morales. Le droit de communiquer des informations est donc un droit primordial de la personne humaine atypique¹¹¹¹. La Cour

¹¹¹⁰ Voir les arrêts *Vogt* du 26 septembre 1995 et l'arrêt *Fuentes Bobo* du 29 février 2000 qui a étendu le droit à la liberté d'exprimer des opinions critiques en lui reconnaissant un effet horizontal.

¹¹¹¹ Arrêt *Autronic A.G.* du 22 mai 1990.

européenne dans l'arrêt *Autronic A.G* a précisé que l'article 10 permet de communiquer des informations par les moyens techniques existants ou par toutes autres formes d'expression. Cette formulation semble avoir placé par avance le réseau Internet sous l'égide du droit à la liberté d'expression¹¹¹².

La Constitution des Comores de 2001 forme une organisation insulaire et reconnaît à toute île autonome de se doter des moyens pour remplir ce droit à la liberté d'expression, qui inclut la liberté de communication et de diffusion des informations. Ainsi est créé dans chaque île une radio dont l'objet est d'informer les habitants de chaque île du fonctionnement de la vie politique du pays garanti par le gouvernement de l'Union. Or, la radio de l'île de Ngazidja n'arrêtait pas de divulguer des informations attestant de la mauvaise gouvernance du gouvernement de l'Union, ce dernier ordonnerait une arrestation de certains journalistes de ladite radio. Déférés devant le tribunal de grande instance, ces derniers ont écopé des peines d'emprisonnement fermes et des milliers de francs d'amende, alors que la Constitution et la Charte africaine garantissent cette liberté. En droit de l'Union européenne, l'exception faite à ce droit, c'est celui de l'individu d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation¹¹¹³.

Le droit à la liberté d'expression c'est aussi le droit de recevoir des informations. On distingue entre information individuelle et information générale. Le droit pour le public de recevoir des idées et des informations sur les questions débattues dans l'arène publique est régulièrement affirmé¹¹¹⁴.

2- Appréciation restrictive des limitations admises du droit à la liberté d'expression

184. La deuxième phrase de l'article 6 de la Charte prévoit que « Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi » ; cela donne la possibilité d'étendre efficacement le droit à la liberté d'expression en contournant les limites qui lui ont été assignées par la Charte. Ces restrictions peuvent poser problème, et ce en se référant à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour

¹¹¹² Voir l'arrêt *Groppera Radio A.G.* du 28 mars 1990 ; arrêt *Müller* du 24 mai 1988 ; arrêt *Markt intern Verlag* du 20 novembre 1989 ; arrêt *Association Ekin* du 10 juillet 2001.

¹¹¹³ Arrêt *Leander*, 26 mars 1987.

¹¹¹⁴ Voir l'arrêt *Lingens* du 8 juillet 1986, voir atténuation l'arrêt *Guerra* du 19 février 1998 qui a préféré utiliser l'article 8 plutôt que d'admettre un droit à recevoir des informations en matière d'activité dangereuse pour l'environnement.

européenne des droits de l'homme a adopté cette méthode mais elle l'a suivie de manière assez particulière et même, parfois, déconcertante.

La première surprise, peu inquiétante, vient de l'arrêt *Groppera* qui soumet aux exigences de l'article 10, § 2, le régime d'autorisation prévu par la dernière phrase du § 1 pour les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision. Ainsi les moyens de communication audiovisuels, qui semblaient être soumis à un statut dérogatoire défavorable, sont-ils replacés dans le droit commun de la liberté d'expression.

La seconde surprise, plus inquiétante, vient de la manière d'apprécier si les formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi étaient nécessaires dans une société démocratique au sens de l'article 10, § 2. L'attitude de la Cour européenne des droits de l'Homme semble en effet très différente selon que l'Etat a entendu limiter la liberté d'expression de la presse ou celles des autres.

La presse, en raison du rôle éminent qu'elle joue dans un Etat de droit, a été élevée, par plusieurs arrêts, à la dignité de chien de garde de la société démocratique¹¹¹⁵. Ainsi à l'égard des restrictions qui lui sont imposées, la marge d'appréciation des Etats est particulièrement faible sinon évincée au profit de la propre appréciation de la Cour. Dans ces conditions, les Etats sont pratiquement désarmés pour empêcher la presse d'attaquer l'ordre¹¹¹⁶, la réputation ou les droits d'autrui¹¹¹⁷, l'honneur des hommes politiques¹¹¹⁸ ou le pouvoir judiciaire¹¹¹⁹.

On comprend bien que le droit à la liberté d'expression est une valeur fondamentale dans une république qui se veut de droit, et le fait qu'il soit garanti par une Convention internationale ou régionale, atteste de son importance et de sa protection par les Etats parties à la Convention, et impose au juge, à les faire respecter en sanctionnant toute forme d'abus à ces fameux droits.

¹¹¹⁵ Arrêt *Observer et Guardian*, 26 novembre 1991.

¹¹¹⁶ Arrêt *Castells*, 23 avril 1993.

¹¹¹⁷ Arrêt *Thorgeir Thorgeirson*, 25 juin 1992.

¹¹¹⁸ Arrêt *Lingens* 8 juillet 1986.

¹¹¹⁹ Arrêt *Sunday Times*, 26 avril 1995.

Conclusion de la deuxième partie

Conformément à l'article 28 de la Constitution comorienne, le Président de la République doit garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire. Mais comment pourrait-il garantir l'indépendance de chacun des membres qui la composent ? Son rôle institutionnel, est de créer un cadre excluant les pressions de tous ordres, y compris matérielles, susceptibles d'entraver ou de limiter la décision du juge.

Nous avons vu dans cette seconde partie que la justice étatique comorienne est confrontée à de nombreux problèmes : l'accès à la justice n'est pas possible pour tous les citoyens ; le juge comorien est confronté à un souci d'extériorité.

Ces difficultés pour le juge étatique comorien à assurer aux plaideurs un procès digne de ce nom sont accentuées par l'existence de ce pluralisme juridique exacerbé, désordonné et non maîtrisé.

Il incombe au législateur comorien de faire attention quand il légifère et surtout quand il s'agit de transposer une norme internationale ou régionale dans le droit interne. Aux jours aujourd'hui, les droits contemporains accordent de plus en plus d'importance au juge dans la création du droit positif. Une telle possibilité permettrait au juge comorien de s'assurer de la conformité et de l'essence de la norme qu'il doit appliquer.

Pour une rationalisation de la justice, le législateur comorien doit faire un effort quant à l'adoption d'une norme d'origine étrangère, il doit poser le pour et le contre et se demander si une telle ou telle norme est susceptible d'être appliquée dignement sur le territoire.

Pour le pouvoir politique, choisir les magistrats, se les attacher par des promotions peut être une tentation. Le recrutement par concours ou sur titres appréciés par une commission composée de magistrats majoritairement élus par leurs pairs mettrait le système comorien à l'abri de tout regard politicien.

L'indépendance du magistrat est une affaire de caractère. Qui peut dire qu'au moment du choix moment unique pour lui comme pour le justiciable, le magistrat a toujours maîtrisé ses opinions et ses inimitiés, assimilé le droit applicable dans toute sa complexité, cherché si rien d'essentiel ne manquait au dossier qui lui est soumis, consacré le temps nécessaire à l'élaboration de sa décision, pesé les éléments extérieurs qui l'ont guidés.

Il ne sert à rien de proclamer son indépendance si l'on n'est pas lucide sur ses liens de dépendance, ce n'est qu'après cette prise de conscience que l'on peut atteindre à l'impartialité en n'ayant aucun parti pris pour une partie. Au risque, toujours présent, de se tromper. Tout juge doit comprendre que « *juger c'est, de toute évidence, ne pas comprendre puisque, si l'on comprenait, on ne pourrait plus juger* »¹¹²⁰.

Pour la relation entre juge et législateur, il a été admis que les magistrats participent à des commissions qui ont pour objet, la préparation des réformes législatives, à leur audition par les commissions des lois des deux assemblées et au rapport annuel de la Cour de cassation, afin de permettre aux principaux membres de cette cour de proposer des améliorations aux difficultés constatées dans l'application des lois. Sur ces points cités, des relations de dialogues peuvent se nouer entre ces deux institutions. En dehors de ces derniers cas, les juges ne doivent que songer à la loi, non au législateur.

Quant au magistrat et le « quatrième pouvoir », que l'on appelle « libre communication des pensées et des opinions »¹¹²¹ ou « liberté d'opinion » ou « liberté d'expression » qui consiste à rechercher, recevoir, communiquer, répandre des informations ou des idées¹¹²², cette liberté fondamentale est « un des droits les plus précieux de l'homme ». Cette liberté vaut certes, non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de société démocratique¹¹²³. Mais ce droit n'est pas absolu¹¹²⁴. Il est mis sous le contrôle du juge¹¹²⁵. Le souci, c'est que le jugement n'intervient qu'à la fin de l'instruction, souvent après un délai assez long, pendant lequel la clandestinité de la recherche des preuves est la règle, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant pour l'opinion publique dans certaines affaires qui touchent à la vie sociale.

¹¹²⁰ André Malraux « Les conquérants », Bibliothèque de la pléiade, Gallimard, 1969, p. 45.

¹¹²¹ Déclaration des droits de l'homme de 1789

¹¹²² Déclaration et Pacte des Nations unies de 1948 et 1966 ; Convention européenne des droits de l'homme de 1950

¹¹²³ La presse est selon la formule de la cour, « le chien de garde de la démocratie »

¹¹²⁴ L'article 10 alinéa 2 de la CEDH rappelle que l'exercice de cette liberté comporte « des devoirs et des responsabilités », qui peuvent justifier que, dans une société démocratique, la loi et seule la loi, prévoit des « formalités, conditions, restrictions ou sanctions ».

¹¹²⁵ Le juge doit arbitrer entre ces deux droits : celui de la presse et celui de la personne mise en cause par cette dernière. La loi doit impérativement protéger les citoyens contre les injures et les atteintes diffamatoires à leur honneur et à leur considération ; de plus en plus, lorsqu'ils sont impliqués dans une procédure pénale.

Malgré cette difficulté, il ne saurait être question de limiter la liberté de la presse, et qui s'y risquerait se heurterait rapidement aux décisions du politique. A elle, la presse, de savoir où sont « ses devoirs et ses responsabilités ».

Il incombe aussi au juge de se montrer lucide en ne montrant ni connivence ni hostilité, afin de respecter, dans ses décisions, à la fois la liberté d'information, qui est une liberté fondamentale pour le citoyen, et les droits de celui-ci lorsque la loi, dans une société démocratique a décidé que ces droits doivent primer, au besoin sous peine de sanction pénale.

Conclusion générale

185. « Rien de plus ne peut être tenté que d'établir le commencement et la direction d'une route infiniment longue. Prétendre à n'importe quel achèvement systématique de définitif, serait à tout le moins une illusion personnelle. La perfection ne peut être obtenue ici par le chercheur individuel dans la seule hypothèse, subjective, qu'il communique tout ce qu'il a été capable de voir¹¹²⁶ ».

On reconnaît aujourd'hui que la pluralité juridique, c'est-à-dire la coexistence dans un même espace de plusieurs ordres ou systèmes juridiques concurrentiels, caractérise la société comorienne mais aussi un grand nombre de sociétés de par le monde. Les juristes, et tous ceux qui s'intéressent à la diversité des cultures juridiques ainsi qu'à leur interaction, ont de plus en plus besoin de maîtriser les concepts, les techniques et les méthodes propres à l'étude pluraliste du droit.

Le pluralisme juridique de la justice s'est-il dévoilé au chercheur individuel ? Qu'avons-nous réellement communiqué de ce que nous avons été capable de voir ou d'apercevoir en lui ?

Il est temps et nécessaire de rassembler les observations pour savoir si une réponse peut être apportée autour de la problématique initialement posée. Rappelons-en les termes : décortiquer le pluralisme juridique de la justice, un système réputé être complexe et à la lumière du système français, tenter proposer les améliorations nécessaires afin de le rendre cohérent, lisible, claire rationnel et opérationnel ?

Le lecteur attentif ne pourra s'attendre qu'à une réponse équivoque. L'ambiguïté du pluralisme juridique de la justice aux Comores a trop souvent été soulignée. Il empêche toute

¹¹²⁶ SIMMEL G. cité par CASTANEDA C. « The teachings of Don Juan, éditions Soleil noir, Paris, 1972.

conclusion péremptoire. La mesure incite à faire la part belle entre ce qui est et ce qui peut être.

1) Ce qui est

186. L'objectif qui a guidé cette étude importante a été non seulement de décrire le pluralisme juridique de la justice comorienne, de réunir tous les éléments susceptibles de faire du système juridique et juridictionnel comorien, un système bien rationnel et opérationnel, de montrer aussi, l'impacte du pluralisme juridique dans la société africaine, mais aussi de montrer l'efficacité, l'universalité et l'importance du système français dans cette rationalisation. L'observation a permis de relever tous les indices attestant de l'originalité du pluralisme juridique comorien, la place des juridictions musulmanes, et traditionnelles dans le système moderne étatique d'inspiration française, mais il a permis aussi de prévoir toutes les solutions nécessaires afin de faire du système étatique un système autonome des autres règles de droit. Toutefois il faut admettre que le chemin est trop long, mais subsistent des indices qui conduisent à relativiser cette autonomie des juridictions étatique.

- Les indices positifs du pluralisme juridique de la justice comorienne

187. Avant tout, il faut noter que le système étatique bénéficie d'une autonomie large, car toutes les règles issues de ce système sont des normes inscrites dans le droit positif. Toutes entretiennent des relations étroites avec les faits sociaux, qu'il s'agisse de valeur ou d'utilités. Toutes présentent sur le plan théorique une normativité singulière qui apparaît sous la forme de trois caractères communs : la continuité, la généralité, l'autorité. Les règles issues de la norme étatique présentent une unité fonctionnelle. Les juges étatiques, sont formés, sont indépendants de tout autre organe politique ou social. La place privilégiée que ces règles étatiques modernes occupent entre finalités sociales et règles techniques leur confère une aptitude particulière pour gouverner la création, la réalisation et l'évolution du droit étatique comorien. Henri Buch disait « Agir sur le droit et aider le droit à agir est la nature des principes généraux du droit¹¹²⁷ ».

D'autres principes fondamentaux, permettent de croire en l'autonomie des juridictions étatiques moderne et ses règles :

¹¹²⁷ BUCH H. « La nature des principes généraux du droit », RIDC 1962, p. 55.

Le premier consiste à délimiter strictement le rôle des juridictions religieuses. Ces juridictions doivent appliquer la Charia, alors que celle-ci reste inapplicable aux Comores. Ces juridictions s'inspirent du Coran, et ce dernier interdit l'application partielle des règles issues du Coran : soit on l'applique entièrement, soit on l'applique pas, d'ailleurs des sanctions très sévères sont prévues à l'encontre de tous ceux qui l'appliqueraient patiellement car c'est synonyme de croire en une partie et pas l'autre.

Le deuxième principe est celui de neutraliser les juridictions traditonnelles, elles ne sont pas dotées de règles, bien établies, cohérentes, impartiales émanant du souverain. Aucune règle juridique ne reconnaît aux juridictions traditionnelles une compétence pour s'immiscer dans les décisions de justice. De ce fait il faut juste conférer à la tradition quelques questions comme l'organisation des activités liées au mariage, la résolution de petits litiges comme les disputes entre des habitants, ou entre des ressortissants d'une ville et ceux d'une autre, quand le litige n'est pas considéré comme énorme.

Mais pour que cela puisse fonctionner, le pouvoir législatif et réglementaire doivent intervenir pour l'attribution de ces compétences. L'idée étant de faire de ces juridictions, des modes alternatifs de résolution de conflits placés sous le contrôle des juridictions étatiques. En opérant une refonte de la carte judiciaire, les juridictions étatiques modernes trouveront une fonction caractéristique et fonctionneront convenablement.

- Les indices négatifs du pluralisme juridique de la justice

188. Dès la première approche du pluralisme juridique de la justice, on est embarrassé par l'absence de cohésion, de clarté et de gestions des règles de droit applicables dans les juridictions étatiques, empillation de règles, et incohérence dans l'application, c'est aussi un problème à faire face.

Dans une seconde approche, on remarque que l'absence de cohérence, d'indépendance et de neutralité dans la justice conduit à entraver le bon fonctionnement de l'institution de la justice, à pousser les citoyens à chercher des solutions transactionnelles et à oublier même l'existence de la justice étatique comme appareil à trancher des litiges conformément à la loi. Les gens de la justice entravent eux-mêmes les règles applicables et la violation de ces règles ne sont pas assorties d'aucune sanction.

Faut-il juger les juger ? Oui, juger c'est être jugé déclare Pierre Truche.

La réalité du pluralisme juridique de la justice n'est pas établie avec certitude dans le droit positif comorien. Un pluralisme désordonné dénué de toute cohérence on l'a toujours mentionné.

Il faut noter que si une rationalisation ne devait pas être opérationnelle, et du fait de la présence sur le territoire comorien des individus venant de pays extrémistes, un double statut pourrait avoir le jour et marquer la fin des juridictions modernes d'inspiration française¹¹²⁸.

2) Ce qui peut être

189. Toute réflexion prospective nécessite que soit analysée, en premier lieu, les lacunes présentes dans le droit positif. Et comme ce travail de réflexion ne réside pas seulement dans la description du pluralisme juridique de la justice comorienne, mais aussi un travail prospectif, on peut alors envisager de nouvelles perspectives pour le pluralisme juridique de la justice aux Comores à la condition de s'en donner les moyens. C'est-à-dire une personne toute seule ne peut en aucun cas résoudre tout le problème.

- **Les lacunes.** En droit comorien, le premier obstacle du pluralisme c'est son manque de cohérence, de lisibilité et de clarté et la possibilité laissée aux autres types de juridictions à s'immiscer dans des domaines où seul le droit étatique moderne d'inspiration française devait seul trouver à s'appliquer. Une telle porosité est un véritable agencement de normes de valeur différente, n'ayant aucune valeur législative ou réglementaire. La justice judiciaire étatique ne se partage pas que ce soit du point de vue de son contenu ou des sources chargées de l'édiction de ses règles. Cette étude montre clairement qu'à l'état actuel des choses, la justice comorienne moderne n'est pas encore sortie du tâtonnement et de l'application confuse qui caractérisent les règles issues des coutumes, de la tradition du mila na ntsi et des juridictions religieuses. La recherche de solutions pacifiques par le suluhu¹¹²⁹ prime encore sur la procédure judiciaire contradictoire et sur le besoin de clarification des règles.

¹¹²⁸ De 2006-2012, le Président Sambu, a instauré un système de parité entre les diplômes français et les diplômes arabes, ce qui n'a jamais existé aux Comores depuis sa découverte, il peut y avoir actuellement des individus réclamant deux statuts personnels : celui de ceux qui souhaitent l'application de la charia et ceux qui ne la veulent pas. Ce qui peut entraîner des guerres civiles comme on le voit partout où existe cette dualité.

¹¹²⁹ En français, le mot « suluhu », signifie rangement à l'amiable, ou conciliation.

Il est toujours dit que « *l'accusé* est présumé innocent et que le doute doit lui profiter¹¹³⁰ », lit-on aux jurés d'assises lorsqu'ils prêtent serment. En condamnant dans le doute, on prend le risque de condamner à tort. L'erreur (la faute même devrait-on dire) devient dans ces dossiers où les indices se récoltent en faisceaux et où les preuves matérielles se réduisent à peau de chagrin. La nature judiciaire qui ne supporte pas le vide, tente la conversion impossible des hésitations en certitudes. Elle se raccroche à une phrase, une ambiance ou une mimique pour trouver ce qu'un dossier ne peut prouver. Et fini par condamner des innocents à des peines de prison.

Des peines de prison parce que acquitter au bénéfice du doute, reconnaître qu'on n'a pas suffisamment d'éléments et qu'on va peut-être relâcher un coupable, demande davantage de courage. D'abord, celui de rester droit et inflexible face aux vents qui s'engouffrent depuis l'extérieur. Ceux qui tourmentent la sérénité des jugements et viennent exacerber la peur du peuple. Ceux que soufflent ces hommes politiques qui exploitent les chiffres de la délinquance, qui s'emparent du moindre cas de récidive pour faire le procès de la justice, qui rédigent avec une rigueur arithmétique autant de lois que de faits divers et qui, finalement, sont certains, en brandissant le slogan de l'insécurité, de faire bingo à tous les coups. A cette récupération politique, il faut ajouter des mutations médiatiques.

L'erreur judiciaire se produit en fait parce que la société est prête à l'accepter pour se rassurer ; elle permet d'évacuer l'angoisse et le vide inacceptables laissés par un crime inexplicable faute d'en avoir trouvé le véritable coupable¹¹³¹. Le doute judiciaire est une souffrance. On préfère penser que la justice ne se trompe pas. Alors que si l'on y réfléchit bien, un coupable acquitté, n'est-ce pas le plus rassurant ? Cela ne signifie-t-il pas que l'innocent pourra bénéficier du même sort ? « *Mieux vaut cent coupables acquittés qu'un innocent en prison*¹¹³² ».

La justice comorienne est en train d'émerger sous différents aspects : simplification et adaptation des règles de fond et de procédure, homogénéisation des systèmes juridiques qui

¹¹³⁰ Lors de la prestation de serment, les jurés prononcent haut et fort cette formule et s'engagent à le respecter.

¹¹³¹ L'histoire de tricherie des examens du Baccalauréat session 2015-2016, où n'ayant pas trouvé le véritable coupable, on va culpabiliser un jeune innocent informaticien au pseudonyme de Benjamin. Ce dernier a écoper de peines d'emprisonnement de plus d'un mois, alors qu'il n'a cessé d'acclamer son innocence et même de soupçonner le Procureur de la République comme étant le facteur de ces tricheries.

¹¹³² Cette citation est de la part de Voltaire.

s'empilent et se contredisent depuis des siècles. L'Etat législateur favorise cette émergence par son action souveraine, en fixant les attributions qui sont propres au droit, ses compétences et ses acteurs, conformément à l'idée qu'il se fait de son rôle.

Confrontée à la modernisation de la société, la justice comorienne rencontre des difficultés d'adaptation de ses règles à l'évolution des mentalités et à la complexité des rapports sociaux. Dès que les nouvelles règles produites par l'Etat heurtent de front les pratiques sociales, leur efficacité est compromise ou amoindrie considérablement. Le droit constaté, c'est-à-dire les règles acceptées par la tradition souveraine du mila na ntsi, est en retrait par rapport aux besoins de l'époque. Les règles nouvellement créées par l'Etat moderne afin de mettre aux normes les comportements sociaux ne sont pas respectées. Les nouvelles règles sont contournées et violées, sans possibilité d'appliquer la sanction prévue. Les pratiques matrimoniales donnent par exemple l'illustration des écarts considérables pris par rapport au minhadj at twalibin¹¹³³ et des textes qui le complètent. Le Code de Nawawi considère par exemple que la dot est une condition de fond de validité du mariage. L'article 59 de la loi du 15 mai 1984 relatif à l'état civil, prévoit qu'avant de célébrer le mariage, le Qûadi ou l'officier d'état civil doit s'assurer que cette condition soit remplie ; sans quoi, il refuse de recevoir la déclaration du mariage. Le droit étatique moderne, ne pose plus cette exigence, et des femmes sont mariées sans le paiement de la dot.

S'agissant des actes d'état civil, les naissances, les décès et les mariages ne sont pas déclarés systématiquement, en dépit du caractère obligatoire de l'enregistrement prévu par la loi nationale et par les conventions internationales. Ce qui signifie que l'esprit de la loi au sens moderne du terme ne soit pas encore entré dans les mœurs. L'on peut en dire autant en matière de succession et de droit foncier, où les transactions immobilières se font par acte sous seing privé, c'est-à-dire sans enregistrement aux services des domaines, alors qu'en cas de litige né, la justice oblige la procuration d'un acte probatoire attestant du droit de propriété. La loi prévoit une simple pénalité pour défaut de publicité, mais qui n'est pas appliquée.

Si l'on s'interroge sur les raisons de la non application du droit produit par l'Etat moderne, plusieurs explications se présentent, mais l'on n'en retiendra que quelques-unes : l'inadéquation de certaines règles due à la diversité non contrôlée et exacerbée des règles juridiques, qui entraînent comme conséquences, des conflits de lois internes, sans règle de conflit permettant de déclarer telle ou telle loi applicable. On peut noter aussi l'absence de

¹¹³³ Le Code de droit musulment et ses commentaires.

sanction effective qui ne peut être rendue possible que par l'application des règles de droit positives. Le juge étatique qui doit appliquer strictement la loi issue de la législation moderne d'inspiration française se trouve confronté à la règle souveraine milanaise d'inspiration traditionnelle, non écrite et non reconnue nulle part qui, plus souvent l'empêche d'appliquer la bonne règle prévue par le législateur. On constate aussi le non-respect par le pouvoir politique du principe d'indépendance de la justice, et aussi le non-respect par les juges du devoir d'impartialité et de neutralité qui sont une vertu lui incombant.

La plus part des textes adoptés sous forme de lois et règlements manquent de lisibilité, de clarté et de prise sur la vie quotidienne des gens, on peut dire qu'elles ont été reproduites par le législateur par ce qu'elles sont tout simplement des lois. Montesquieu disait « une chose n'est pas juste parce qu'elle est une loi ; mais elle doit être loi parce qu'elle est juste¹¹³⁴ ».

En effet, le législateur comorien s'est contenté de recopier les textes issus de la législation française, soit pour combler les vides juridiques, soit pour paraître moderne aux yeux de l'Etat français, et ce, sans mesurer les risques de « l'excès de l'emprunt » des règles de droit étrangères : des risques de mal compréhension, des risques de mal interprétation et enfin des risques de mal application. Les lois ne doivent pas être perçues déclare Portalis comme « des purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce¹¹³⁵ ».

Tous ces phénomènes permettent de dire que « l'acculturation juridique » aux Comores atteint son paroxysme et, elle n'est par conséquent pas raisonnable. On le voit, le législateur comorien n'a pas hésité de recopier article par article, mot par mot, le Code de procédure civile français.

Les textes sont produits très rapidement les uns après les autres, puis appliqués dans la logique métropolitaine, selon laquelle, « nul n'est censé ignorer la loi », dès lors qu'elle a été promulguée et publiée au journal officiel, alors qu'une grande majorité de la population comorienne ne sait ni lire ni écrire. Certes, il faut écrire des lois civiles, mais celles-ci doivent être raisonnables car « de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, la palladium de la propriété, et la

¹¹³⁴ Montesquieu, « De L'Esprit des lois », 1748.

¹¹³⁵ Portalis, discours sur l'avant-projet de rédaction du Code civil français de 1804.

garantie de toute paix publique et particulière ; elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principes actions de sa vie, elles le suivent *partout, elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de la liberté* ; enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande *pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière*¹¹³⁶ ».

Quant au déroulement du procès, il est difficile de s'assurer que le juge soit impartial dans ses décisions ; et les raisons sont d'ordre géographique, l'archipel des Comores est trop petit, tous les gens se connaissent, entretiennent des relations amicales, s'entre-aident et doivent s'entre-aider car en islam c'est une obligation de rendre service à l'autre, les gens se croisent tout le temps, dînent ensemble dans les rencontres comme les célébrations des mariages, ou des réussites des candidats aux examens et concours nationaux. Les juges, et toutes leurs familles sont connus par tous les comoriens ; tout cela rend facile une rencontre entre les parties et le juge¹¹³⁷. Avant de se rendre au palais de justice pour prononcer un verdict, les parties ont d'ores et déjà pu rencontrer préalablement le juge, chez lui.

Encore, il faut peut-être ajouté que l'islam comorien est généreux, il implique et oblige à chacun de porter son concours pour l'autre. Le juge est-il obligé de suivre cette voie là ? Non, car même en islam, le juge doit trancher équitablement sans faveur aucune.

- **Les perspectives.** L'idée de refonte de la carte judiciaire est une préoccupation récurrente. Il ne faut pourtant pas tomber dans le piège des modifications techniques et du renouvellement perpétuel de ce système provoqués par les crises qui surviennent provoquées par la diversité des normes et des juridictions.

Notre démarche est sensiblement différente. Ancrée dans le passé, elle se veut le relais de règles préexistantes qui constituent les fondements du pluralisme juridique. Tournée vers l'avenir, elle ambitionne de créer dans le droit positif comorien, une nouvelle page permettant

¹¹³⁶ Discours de Portalis, cité.

¹¹³⁷ Des parties appelées à comparaître devant le juge au tribunal, ont été souvent vues sortir de la maison qui sert de résidence pour le juge, avant que celui-ci ne se rende au palais de justice. Un autre témoignage, j'ai vu plusieurs fois, des parties à un procès, faire l'accueil devant la maison de mon grand frère Youssouf Djaé, avant le prononcé du jugement. Il m'a confié que ces gens là, étaient prêts à payer de grosses sommes d'argent pour contourner sa religion en tant que juge. C'est pour dire que le recel des jugements est très fréquent aux Comores.

de bien mettre les autres types de règles sous la maîtrise du droit positif moderne dont le particularisme manifesterait une autre façon de concevoir le système juridico-juridictionnel comorien.

Au préalable, il est nécessaire de définir des objectifs. Seul un modèle perfectible appelle au changement et c'est bien sûr le modèle étatique moderne. Le système comorien est complexe, on l'a dit, il est constitué de très nombreuses règles dont la cohérence n'est pas du tout décelable. Il est éloigné des préoccupations essentielles que sont la résolution du différend et le respect des droits des parties et les droits fondamentaux d'origine conventionnel.

Le respect de la procédure, le respect de l'indépendance de la justice, le respect du devoir d'impartialité et de neutralité du juge constituent les garanties nécessaires et adéquates pour améliorer la qualité de la justice et de son bon fonctionnement. Le juge doit pouvoir imposer le respect des principes directeurs du procès dans le déroulement de celui-ci. Il doit encore assurer leur prédominance sur les autres normes juridiques. Il faut pour cela, redéfinir tout le système juridique dans son entier.

Il ne faut pas ignorer que la société comorienne, dans son ensemble, dispose de son propre système de régulation des litiges qui n'intègre pas la technique de la loi et de la justice moderne et son dispositif de sanctions pour en assurer l'application. Ce qui rend impossible, l'instauration d'un système juridico-juridictionnel exclusivement à la française, en écartant totalement la tradition du pays parce que déclare Portalis « les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; *qu'elles doivent être adoptées aux caractères, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites*¹¹³⁸ ». Toute justice a un esprit. Cet esprit est inhérent à la société dans laquelle on se trouve. Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de comprendre. Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre. Il ne faut donc point, martèle Portalis « de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation¹¹³⁹ ».

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société comorienne sont si

¹¹³⁸ Discours de Portalis cité.

¹¹³⁹ Portalis, op. cité.

variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multiples et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

- **Les moyens.** L'amélioration du système juridico-juridictionnel comorien est une œuvre systématique. Elle passe par un travail de codification. Ce n'est pas tant le symbolisme¹¹⁴⁰ que l'on recherche mais la reconnaissance explicite. Il faut donner une légitimité accrue aux règles étatiques modernes. Le pluralisme doit être unifié et défini avec clarté dans un même texte.

La reconnaissance du pluralisme juridique nécessite une réforme juridique dans sa globalité, en créant les principes directeurs fondamentaux applicables qu'aucune autorité ni religieuse ni traditionnelle ne peut évincer.

En effet, le juge ne doit pas être mis à l'écart du processus de détermination des principes directeurs du procès. Son indépendance doit être totalement garantie, l'impartialité doit être pour lui une vertu à justifier de sa probité et de sa neutralité. Pour pallier à ce problème, il faut limiter la durée de mandat des juges sur une île en instaurant le mécanisme de dépaysement. Un juge, après avoir par exemple siégé pendant une période de cinq ans dans une juridiction d'une île devra muter sur une autre île. Le droit constitutionnel doit jouer son rôle dans la création d'un ordre de juridictions et dans la protection des normes applicables. Le législateur comme le juge doivent apporter leur concours. Il est un temps où le pouvoir ne suffit plus, il faut faire preuve de méthode.

Nécessité est de mettre le juge étatique à l'abri de tout regard politicien ; le juge doit être mis à l'abri de tout contact avec les parties au procès, avec le traditionnel et le religieux. D'où la nécessité d'une loi sur la séparation du religieux et du traditionnel du judiciaire.

L'Etat par conséquent, comme garant du bon fonctionnement du service public de la justice devra se donner les moyens et le temps de faire connaître le contenu de son « produit textuel » en utilisant tous les réseaux d'informations que constituent la radio, la télévision, la presse écrite, les rencontres publiques, les réseaux d'internet et les associations.

Il est cependant, nécessaire, d'harmoniser le système comorien en le hiérarchisant pour s'assurer que le système étatique soit au sommet de la hiérarchie et assure le contrôle de

¹¹⁴⁰ CABRILLAC R. « Le symbolisme des Codes », Mélanges Terré, PUF, Dalloz, juris-classeur, Paris, 1999, p. 211.

toutes les normes qui lui sont inférieures. Pour rendre cela possible, il faut faire des autres juridictions et leurs règles des modes alternatifs de résolution de certains conflits conférés par la norme étatique et sous le contrôle effectif de la justice étatique, car le pluralisme lié au droit et à la norme peut renvoyer à l'idée que le droit doit tenir compte d'une pluralité de valeurs et intérêts quant à ses destinataires. A minima, cela oblige le droit étatique à produire des règles adaptées à ces valeurs et intérêts distincts. On peut rapprocher cette idée de la question de l'adhésion nécessaire des individus aux normes juridiques auxquelles elles s'appliquent.

Le pluralisme lié au droit et à la norme peut impliquer que le droit doive tenir compte d'une pluralité de valeurs ou d'intérêts quant à son mode de production. Le droit n'est pas exclusivement celui de l'Etat, mais il peut être produit par d'autres sources, sous-entendues, non-étatiques. Tel est ce que l'on appelle couramment « le pluralisme juridique¹¹⁴¹ ».

Il n'est pas nécessaire de revenir sur les écarts observés dans l'application, par exemple, de la loi pénale pour laquelle nous avons consacré une partie dans le but de faire constater que la notion de procès équitable n'est pas acquise, car le milla na ntsi a dores et déjà prévu de solutions de traitement de ces types de litiges, qui sont les malapizos¹¹⁴², et les gungu¹¹⁴³, d'où la nécessité de faire des juridictions pénales, une justice autonome.

On a pu constater que le meilleur règlement du litige consiste parfois à ne prendre aucune décision, pour ne pas désigner un gagnant ou un perdant ; ceci pour éviter d'alimenter des

¹¹⁴¹ Il existe plusieurs définitions et mêmes conceptions du pluralisme juridique. Il y a tout d'abord le constat bien connu des juristes français proposé par J. CARBONNIER : « le droit est essentiellement multiple et hétérogène. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux », *Sociologie juridique*, PHF, 1978, p. 208. Il y a la définition donnée par J.-G. BELLEY dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* sous la direction d'A.-J. ARNAUD, LGDJ, 1993, p. 446 : « 1. En droit a) l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques ; b) coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit ». Mais il y a aussi les définitions proposées plus spécifiquement par les tenants de la thèse pluraliste en seule considération de cette thèse : « existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques » J. VENDERLINDEN, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », dans J. GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972, p. 19 ; *Multiple systems of legal obligations, within the confines of a state* M.B. HOOKER, *Legal Pluralism. An introduction to colonial and neo-Colonial Law*, Oxford, Clarendon Press, 1975 ; « A l'encontre d'une conception minimiste du droit, elle suggère fondamentalement qu'il existe au sein d'une société une pluralité de cadres sociaux où se manifestent des phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée ou non par la présence de l'Etat (J. G. BELLEY), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales ; pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Sociétés*, 1986, n° 11, p. 12).

¹¹⁴² Malapizos ça veut dire, incantations ; ce sont des sanctions fréquentes infligées aux auteurs de comportements contraires à l'ordre public. Par exemple le viol, le vol, etc.

¹¹⁴³ Dans des dérision et d'anathème sanctionnant une faute grave commise par un membre de la société.

rencoeurs ou des affrontements. Dans un Etat de droit, seul le droit contrairement à la littérature *« fait la loi... Le juge a une fonction pour qu'il l'exerce bien, qu'il n'en sorte pas, à peine de tomber dans des nuées inconsistantes et d'errer dans un vagabondage intellectuel et politique. Et on pourrait insister encore que la littérature est seule, faite pour plaire, parce qu'elle est une œuvre d'imagination, elle est la forme, elle est le style, ce n'est pas pour rien qu'on l'appelle »* les belles lettres ». Au contraire, le *style du droit, c'est de ne pas en avoir* ; il y a des belles lettres, il n'y a pas de « beau droit¹¹⁴⁴ ». C'est ainsi que des actes criminels restent impunis. Réparé un préjudice engendré par le viol d'une mineur, en faisant intervenir un mariage arrangé ou imposé au coupable et à la victime n'est pas une bonne solution dans un Etat de droit. Le versement à la famille de la victime d'une somme d'argent en réparation du préjudice subi, ne traite pas les effets des comportements pervers qui méritent d'être criminalisés. Les coupables s'en tirent avec la complicité des intérêts des familles et la barbarie des coutumes qui se couvrent du dogme religieux et du sacré.

Toutes ces différentes situations qui compliquent l'application du droit positif comorien s'expliquent par le pluralisme désordonné, la diversité des normes qui se contredisent, et qui sont incompatibles les unes des autres.

Il est donc temps, de laisser une plus grande large marge de manœuvre de liberté aux juges, dans leur fonction de juger, afin que l'institution de la justice puisse trouver ses marques et qu'elle puisse remplir sa mission en toute indépendance. Il est temps de séparer les juridictions judiciaires des juridictions administratives, cela permettrait aux citoyens de pouvoir se faire indemniser des atteintes causées par les agents de l'autorité publique en toute sécurité. L'organisation des juridictions dans une optique d'un ordre juridictionnel est cependant impérative. Il est urgent de promouvoir la formation judiciaire en mettant en place une école pour former les magistrats du pays, Il faut aussi rendre possible et c'est le devoir de l'Etat l'accès des jeunes juristes et magistrats comoriens à l'école nationale de la magistrature française en créant une forte « diplomatie juridico-judiciaire » entre les Comores et la France.

L'idée de laisser aux juridictions traditionnelles les petits litiges (famille, troubles de voisinage, les atteintes aux festivités des mariages, les disputes entre individus), tout trouble causé par un villageois à un autre village de nature à porter atteinte à l'honneur ou à l'intégrité du village dont le coupable est originaire¹¹⁴⁵, comme un mode alternatif de règlement (

¹¹⁴⁴ Comp. Droit et esthétique, Arch. Phil. Du droit, 1995.

¹¹⁴⁵ Par exemple, l'affaire des voleurs de poules : des jeunes sont partis un soir dans un village voisin pour voler des poules, ils ont été attrapés, et dénoncés dans leur village natal. Les juges notables du village dont

conciliation, médiation). Il faudrait regarder l'évolution des systèmes de justice occidentaux (MARC, ADR nord américain), avec le développement et le succès des modes alternatifs de résolution des conflits (modes amiables de règlement, là où la justice étatique est trop lente, très lourde¹¹⁴⁶). Il faut regarder l'évolution du système français, avec la dernière réforme de la justice en date de fin 2016, qui porte sur la question des conciliateurs devant les tribunaux d'instance. Sauf que dans ce système français, en cas de non accord entre les parties, on passe à la justice classique. Est-il possible aux Comores alors même que, nous venons de le signaler, les juges traditionnels disposent et du pouvoir juridictionnel et de la force exécutoire ?

Pour améliorer le système étatique moderne, la première idée qu'on peut avoir, c'est l'éducation : la formation d'un corps de juristes, correctement formés, compétents, par des écoles, des échanges universitaires. Ça peut prendre du temps, mais « mieux vaut tard que rien ». Une question fondamentale mérite d'être étudiée ; celle des modes de désignation des juges. Certainement pas l'élection des magistrats au suffrage universel qu'il soit direct ou indirect. Pour la nomination par le pouvoir politique, compte tenu de l'organisation fédérale du pays et de partage de compétences entre les îles et l'union, l'idée serait de choisir les magistrats par île et ensuite un magistrat désigné par le pouvoir centrale. Cela permettrait de mettre fin aux nominations clandestines et instaurer la nomination par concours, en instaurant la tournante des magistrats entre les îles comme on l'a fait pour l'élection du Président de la République. Tout aussi pourrait dépendre d'une Cour suprême, dont les membres puissent être assurés de la plus grande impartialité possible (désignation, nomination pour un temps limité non renouvelable) ; de ce fait il faudrait mettre en fonction cette Cour¹¹⁴⁷. S'ajoute la question de la rémunération suffisante des juges un bon moyen pour limiter les risques de corruption.

sont originaires ces jeunes, se sont immédiatement saisis de l'affaire et se sont réunis en assemblée plénière pour trancher sur cette question. Le village a payé une grosse amende au village victime du vol et s'est retourné en exerçant une action recoursoire à l'encontre des familles de ces jeunes. La sanction semble ne pas être une surprise. Double peine : la famille des jeunes doit payer une grosse amende financière au village et en même temps être excommuniée ou exclue de toute activité sociale pendant une période déterminée ; le plus souvent quarante ans avec possibilité de recours.

¹¹⁴⁶ Il faut noter que la justice mila nantsiste est une justice trop chère, donc ressemble bien à l'arbitrage occidental. Les notables coûtent trop chers. La seule différence entre la justice étatique et l'arbitrage traditionnel ; le juge notable a en même temps le juridiction et l'imperium comme le juge étatique, donc sa décision n'a pas à être revêtue de la formule exécutoire par un juge étatique. Pour faire respecter les règles de la procédure, il serait commode de mettre en place la procédure de triangulation : deux juges avec éventuellement un troisième, chaque partie choisissant le sien, qui aurait obligation d'indiquer ses liens avec les parties.

¹¹⁴⁷ Voir supra la place de la Cour suprême.: cette Cour ne fonctionne pas encore faute de magistrats et des locaux.

La même question réurgit dans les échanges internationaux. Les salaires très bas que peuvent verser les autorités de pays pauvres entraînent inévitablement la recherche d'autres ressources pour satisfaire les besoins matériels, d'où un double emploi, avec ce que cela suppose de non-disponibilité et d'équivoque, voire de corruption à un niveau d'ailleurs médiocre. L'élévation des rémunérations doit être considérée comme préalable à toute réforme de la justice.

Le problème, il est interdit statutairement aux magistrats d'exercer toute activité professionnelle ou salariale. Aujourd'hui, il faut que les magistrats puissent obtenir de dérogations pour par exemple, donner des enseignements ressortissant à leur compétence ou exercer des fonctions qui ne sont pas de nature à porter atteinte à leur dignité et à leur indépendance. L'enseignement, qui permet de structurer sa pensée, de revenir aux principes, de dialoguer avec des étudiants, est une excellente école pour le magistrat, qui trouve toujours intérêt à se ressourcer pour enrichir sa pratique. On peut aussi permettre au magistrat en fonction, ayant acquis en droit des affaires une compétence reconnue et qui souhaite exercer des arbitrages très rémunérateurs entre des parties privées qui n'entendent pas soumettre leur litige aux tribunaux¹¹⁴⁸.

Enfin, tout dépend de la volonté politique, des priorités que le gouvernement comorien se donne.

¹¹⁴⁸ Le magistrat ne doit pas craindre de se frotter à d'autres milieux que celui dans lequel il évolue habituellement. A condition toutefois de ne pas oublier qu'il ne peut être l'arbitre choisi par une partie et surtout de ne pas laisser l'argent influencer son jugement.

Bibliographie

I) Ouvrages généraux

a) En France

- Sur le droit et la justice en général

AMSELEK P.

- Méthode phénoménologie et théorie du droit, LGDJ, Paris, 1964

ARON MATHIEU

- Les grandes plaidoiries des ténors du barreau, éd., Mareuil, 2016

ASSIER-ANDRIEU L.

- Le droit dans les sociétés humaines, Nathan, Paris, 1996

AMRANI-MEKKI S.

- Le temps et le procès civil, Dalloz, 2002, préf. L. Cadet

AMBROISE-CASTEROT C.

- Procédure pénale, Gualino, 2^e éd., 2009

BARANES W. et FRISON-ROCHE

M. A.

- La justice, *l'obligation impossible*, éd., Autrement, Paris, 1994

BANDRAC M.

- *L'action en justice*, droit fondamental, Mél. Perrot, Dalloz, 1996

BASTID P.

- Les grands procès politiques de l'histoire, Fayard, Paris, 1962

BENTHAM J.

- Traité des preuves judiciaires, traduction Dumont, éd., Bossange, 1830

BECCARIA J.

- Des délits et des peines, Librairie Droz, Genève, 1965

BERGEL J. L

- Méthode du droit, théorie générale du droit, Dalloz, Paris, éd., 1999

BONFILS H.

- *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3^e éd. LGDJ, Paris, 1901

BOULOC B.

- Procédure pénale, Dalloz, 26^e éd., 2017.

CADIET L.

- Droit judiciaire privé, 2^e éd., LexisNexis (Litec), Paris, 1998
- Dictionnaire judiciaire privé, P.U.F., 2004

CADIET L. et JEULAND E.

- Droit judiciaire privé, LexisNexis, 2017

CANIVET G. et JOLY-HURARD J.

- La déontologie des magistrats, Dalloz, 2004

CONTAMINE C.

- Responsabilité et discipline des magistrats, Dalloz, 2001

CONTE Ph.

- Les galeux de la République « *l'affaire d'Outreau* », JCP, 2006

CAPPELLETI M.

- Le pouvoir des juges, Economica, 1990

CARBONIER J.

- Flexible droit, éd., LGDJ, Paris, 1998
- Droit civil, introduction éd., PUF, 1999

CHARTIER J.-L. A.

- Justice, une réforme manquée, Fayard, 2009, préf. J. Foyer

MARIE-RIVIER CLAIRE

- La justice de proximité en Europe, colloque Faculté de droit, Tribunal de Grande instance, Saint-Etienne fév., 2003

- Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des justices ? GIP Droit et Justice, 2001

CATALA P. TERRE F.

- Procédure civile et voies d'exécution, PUF, Paris, 1976

COLLECTIF

- *Sur l'évolution* de la justice depuis 20 ans , justices 1999, nouvelle série, Dalloz.
- La fonction de juger, Rév. Droits 1989
- Justice sinistrée, démocratie en danger, Rapport de la commission sénatoriale présidée par H. Haehnel et J. Arthuis, Economica, 1991

CONTE PH. MAISTRE DU**CHAMBON P.**

- Procédure pénale, éd., Armand Colin, Paris, 5^e éd, 2012

CORNU G. FOYER J.

- Procédure civile, PUF, Paris, éd. 1996

COULON J. – M. et SOULEZ-**LARIVIERE D.**

- La justice à l'épreuve, O. Jacob, 2002.

CAYLA et RENOUX- ZAGAME**M.- F.**

- *L'office du juge* : part de souveraineté ou puissance nulle ?, LGDJ, 2003

DEBOVE, F. FALLETTI et**JANVILLE. T.**

- Précis de droit pénal et de procédure pénale, PUF, coll. Major, 3^e éd., 2010

**DESPORTES et LAZERGES-
COUSQUER L.**

- Traité de procédure pénale, Economica, 2009

DOUENCE M. et AZAVANT M.

- Institutions juridictionnelles, Dalloz, coll. « Cours », 2010

FARCY J. Cl.

- Histoire de la justice française de la Révolution à nos jours, P.U.F, coll., Droit et justice, 2001

FOYER J.

- Histoire de la justice, P.U.F, coll., « Que sais-je ? », 1996

FREMONT LUC

- Je vous laisse juges, éd., Michel Lafon, 2014

GARAPON A.

- Le gardien des promesses. Justice et démocratie, O. Jacob, 1996

- La démocratie à l'épreuve de la justice, Justices 1999

- La raison du moindre Etat, Le néolibéralisme et la justice, O. Jacob, 2010

- Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, éd., Odile Jacob, 2001

GARNOT B.

- Histoire de la justice-France, XVI-XXI^e siècle, Gallimard, éd., coll. Folio histoire, 2009

GUINCHARD S.

- Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, D. 9^e éd., 2017

JOURNES CLAUDE

- *La Coutume et la Loi, Etudes d'un conflit*, (Dir.) Jounès Claude, Presses universitaires de Lyon, 1986

LACAN J.-F.

- Ces magistrats qui tuent la justice, Albin Michel, 2003

MOTULSKY H.

- Droit processuel, Monchrestien, Paris, 1973

PERROT R.

- Institutions judiciaires, Monchrestien, 2004

ROUSSELET

- Histoire de la magistrature française, 1967

ROYER J.- P.

- La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle, P.U.F, 1979

**ROYER J.-P, MARTINAGE R. et
LECOCQ P.**

- Juges et notables au XIX^e siècle, P.U.F, 1982

TRUCHE PIERRE

- Juger, être jugé : Le magistrat face aux autres et à lui-même, éd., Fayard, 2001

-Sur la Cour de cassation**ARNOUX JEAN-PAUL**

- Principaux arrêts de la Cour Suprême du Mali en matière pénale : 1986-1988, Ministère de la Justice du Mali, 1989

**ASSOCIATION AFRICAINE DES
HAUTES JURIDICTIONS
FRANCOPHONES**

- *L'opportunité de l'éclatement ou non des Cours suprêmes en plusieurs juridictions distinctes*, actes publiés du colloque tenu au Bénin du 13 au 16 mai 2002

BILLIAU M.

- Quel rôle pour la Cour de cassation au XXe siècle ?, in mélanges Normand, Litec, 2003.

BORE J. et BORE L.

- La cassation en matière pénale 2004/2005, Dalloz, Paris, 2ed., 2004
- La cassation en matière civile 2009/2010, coll. Dalloz Action, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008

BORE J. et CHARTIER Y.

- La Cour de cassation, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2001

BORE J.

- La cassation en matière civile, Dalloz, 2006

BREYER STEPHEN

- La Cour suprême, le droit américain et le monde, éd., Odile Jacob, 2015

CANIVET G.

- La Cour de cassation et *l'interprétation uniforme du droit*, conférence Beyrouth, 21 déc. 2001, *Publications de l'Université Saint-Joseph*, CEDROMA, Bruylant, 2004

CHARTIER Y.

- La Cour de cassation, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2001

COHEN D.

- La Cour de cassation et la séparation des autorités administratives et judiciaires, Economica, Paris, 1987

FABRE MARTINE

- Le recours en cassation et le droit colonial, in Bernard Durand, *la justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Motpellier, 2001

FOYER J.

- La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation, in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001

PERROT R.

- Institutions judiciaires, Montchrestien, 2004

PERDRIAU A.

- La non-admission des pourvois, JCP, 2002

SAINTE-ROSE

- Le parquet général de la Cour de cassation réformé, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de *l'homme* : mythe ou réalité ? Dalloz, 2003

**VINCENT J., GUINCHARD S.,
MONTAGNIER G., VARINARD A.,**

- Institutions judiciaires, Dalloz, 2005

WEBER J.-Fr

- La Cour de cassation, Doc. Fr., 2^e éd., 2010

-Sur la justice constitutionnelle**AVRIL P. et GICQUEL J.**

- Le Conseil constitutionnel, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 5^e éd., 2004

- Le Conseil constitutionnel, Montchrestien, 1998

- Le Conseil constitutionnel, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 5^e éd., 2005

BLACHER. Ph

- Droit constitutionnel, Hachette Supérieur, 2005

- Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, PUF, 2001

CHANTEBOUT B.

- Droit constitutionnel, 30^e éd., Paris, Sirey, coll. « Université », 2013

DUHAMEL O., MENY Y.

- Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992

DRAGO G.

- Contentieux Constitutionnel, PUF, 2^e éd., 2006

FAVOREU L. et al.

- Les Cours constitutionnelles, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 3^e éd., 1996

- Droit constitutionnel, 16^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2013

GICQUEL J. et GICQUEL J.-E

- Droit constitutionnel et institutions politiques, 26^e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2012

PETIT S.

- Le tribunal des conflits, PUF, coll. Que-sais-je ?, 1994

ROUSSEAU D.

- Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie, Descartes et Cie, 1997

ROUSSILLON H.

- Le Conseil constitutionnel, Dalloz, connaissance du droit, 5^e éd., 2005

TURPIN D.

- Contentieux constitutionnel, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1994

VERPEAUX M., BONNARD M.

- Le Conseil constitutionnel, Paris, la Documentation française, 2007

- Sur le Conseil d'Etat

COSTA J. – P.

- *Le Conseil d'Etat* dans la société contemporaine, Economica, 1993

CHAPUS R.

- Droit du contentieux administratif, 11e éd., Montchrestien, 2004

DELVOLVE P.

- *Le Conseil d'Etat* vu par la doctrine, R.A., 1997

DEBBASCH C. et RICCI J.- C.

- Contentieux administratif, 8^e éd., Dalloz, 2001

GENTOT M.

- *Le Conseil d'Etat* régulateur du contentieux administratif, R.A., 1999

LONG M.

- *Le Conseil d'Etat*, rouage de l'administration et juge administratif suprême, R.A., 1995

MASSOT J., FOUQUET O, STAHL

J. –H. et GUYOMAR M.

- *Le Conseil d'Etat* juge de cassation, 5^e éd., Beger-Levrault, 2001

RICCI J.- C.

- Droit administratif général, Hachette Supérieur, 2005

ROBINEAU Y. et TRUCHET D.,

- *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., PUF, coll. « Que-sais-je ? », 2002

- Sur le droit comparé et droit international

AGOSTINI E.

- Droit comparé, 1988

ANCEL M.

- Utilité et méthodes du droit comparé, 1971

CARRILLO-SLACEDO JUAN-ANTONIO

- « Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, 1996

CASTANEDA JORGE

- « La valeur juridique des résolutions des nations unies », t. 1 RCADI, 1970

CASTRO F. et P. CATALANO

- La condition des « autres » dans les systèmes juridiques de la Méditerranée, Paris, ISPROM/PUBLISUD, 2004

CONSTANTINESCO L. J. Traité de

droit comparé :

- T. I : Introduction au droit comparé, 1972

- T. II : La méthode comparative, 1974

- T. III : La science des droits comparés, 1983

DAVID R.

- Traité élémentaire de droit civil comparé ; *Introduction à l'étude des droits étrangers* et la méthode comparative, 1950

- *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, 1982

DAVID R. et JAUFFRET- SPINOSI C.

- Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 13^e éd., 2016

DOUCET M. et VENDERLINDEN

- La réception des systèmes juridiques : implantation et destin, 1994

DU BOIS DE GAUDUSSON J. et F. FERRAND

- La concurrence des systèmes juridiques, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008

DUBOUT E

- Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, Paris, A. Pedone, 2010

FLEURY THIBAUT

- La question du territoire aux Etats-Unis de 1789 à 1914. Apports pour la construction du droit international, thèse de doctorat, Paris, Université Paris I, 2011

GAMBARO A.

- *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011

GAUDREAU-DESBIENS J.-F

- Le droit, la religion et le raisonnable : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique, Montréal, Thémis, 2009

LAFARGE REGIS

- *La révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid*, Journal of Legal Pluralism, n° 43, 1999

LEGRAND P.

- *Le droit comparé*, PUF, Que-sais-je ?, 1999

LENHARDT MAURICE

- *Gens de la Grande Terre*, Paris, Gallimard, 9^e éd., 1953

MARIANI N. et J. FATHALLY

- *Les systèmes juridiques dans le monde*, (Dir.) Alain-François Bisson et Louis Perret, Montréal, Wilson et Lafleur, 2008

NAVARRO J. L et LEFEBVRE G.

- *L'acculturation en droit des affaires* éd., Thémis, 2007

OTIS GHISLAIN

- « Les répartitions pour violation des droits fonciers des peuples autochtones. Leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » Recherches amérindiennes au Québec, vol. 39, n° 1-2, 2009

OTIS GHISLAIN et LAURENT

AURELIE

- « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », RTDH, n° 89, 2011

PIQUET H.

- Les pluralismes juridiques, Paris, Karthala, « *Cahiers d'Anthropologie du droit* », n° 2, 2003

RIBORD F.-X. et R. E. MAYER

- La nature et la loi : le pluralisme juridique dans la gestion de la nature, *Presses de l'Université Laurentienne*, 1999

RUDE-ANTOINE E.

- Des vies et des familles : les immigrés, la loi et la coutume, Paris, Odile Jacob, 1997
- Introduction au droit comparé, 1979

SACCO R.

- La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, 1991

SERMET LAURENT

- Une anthropologie juridique des *droits de l'homme. Les chemins de l'océan indien, Préface d'Abdou Diouf, Paris, AUF-Editions des archives contemporaines*, 2009

SOCIETE FRANCAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

- Droit international et diversité des cultures juridiques : journée franco-allemande, Paris, A. Pedone, 2008

THIERRY HUBERT

- Droit et relations internationales. Traités, Résolutions, Jurisprudence, Paris, Montchrestien, 1984

VANDERLINDEN J.

- Comparer les droits, 1995

WIESSNER SIEGFRIED,

- « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », United Nations Audiovisuel Library of International Law, 2009

- Sur le droit et pluralisme juridique**ALLIOT MICHEL**

- Anthropologie et juristique. Sur les *conditions d'élaboration d'une science du droit*, Bulletin de liaison du Laboratoire *d'anthropologie juridique* de Paris, n° 6, janvier 1983

ABDELHAMID HASSAN

- *Droits de l'homme, droits des minorités : la construction des deux logiques*, in Henri Pallard et Stamatios Tzitzis, Minorités, culture et droits fondamentaux, Paris, *L'Harmattan*, 2001
- *Les droits de l'homme et l'homme universel*, in Henri Pallard et Stamatios Tzitzis, Droits fondamentaux et spécificités culturelles, Paris, *L'Harmattan*, 1997

ASSIER- ANDRIEU LOUIS

- Diversité culturelle, diversité juridique : vues rétrospectives, in François Chazel et Jacques Commaille, Normes juridiques et régulation sociale, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991

ARNAUD ANDRE-JEAN

- Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993

BELLEY J.- G

- Pluralisme juridique, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993

- Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1996

BEAUD OLIVIER

- Théorie de la Fédération, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2007

BELLINA SEVERINE

- Droit public et institutionnalisation du pouvoir en situation de pluralisme normatif : *le cas de l'Etat malien*, thèse, CERDHAP, Grenoble, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2001

BERNARD BOULOC, REGINALD**DE BECO, PIERRE LEGROS**

- Le droit au silence, introduction par L.E PETTITI et Pierre Lambert, *Actes de la journée d'étude du 18 septembre 1994*, à Paris, 1997

BOAS ANDRE et LAMBERT**JENNY**

- La violence conjugale, Partnergeweld, 2004

CASTELLS MANUEL

- *L'ère de l'information. Tome 1 : La société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998

CHAZAL JEAN-PASCAL

- Philosophie du droit et théorie du droit, *ou l'illusion scientifique*, archives de philosophie du droit, 2001

CHEVALLIER JACQUES

- La gouvernance : un nouveau paradigme ?, Revue française d'administration publique, 2003

COHENDET MARIE-ANNE

- « Synthèse et conclusion », in Lauréline Fontaine (dir.), Droit et pluralisme, Bruxelles, Bruylant, 2007

COMAILLE JACQUES

- Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale, in François Chazel et Jacques Commaille, Normes juridiques et régulation sociale, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1991

CUCHE DENYS

- La notion de culture dans les sciences sociales, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2004

DEAN SPIELMANN

- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme* entre personnes privées, préface de Pierre Lambert, 1995

DELMAS-MARTY MIREILLE

- Les forces imaginantes du droit, Paris, Seuil, Tomes 1 à 4, 2004, 2006, 2007, 2011

- « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique : comment humaniser la mondialisation ? », in Laurence Boy, Jean-Batiste Racine et Jean-Jacques Sueur

(dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011.

- *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006

DONATIENNE DE BRUYN, S.

DEPRE, M. KAISER, P. LAMBERT,

B. LOMBAERT, M. VERDUSSEN

- *Les conceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, 1997

EBERHARD CHRISTOPH

- *Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste. Défi pour une théorie interculturelle du droit*, Cahiers d'anthropologie du droit, 2003

- *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Paris, LGDJ/LEXSENSO, coll. « Droit et société Classics », 2^e éd., 2010

- *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris, éd., Connaissances et Savoirs, 2^e éd., 2011

FLAUSS J.-F. et LAMBERT-

ABDELGAWAD ELISABETH

- *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 2004

F. ERDMAN, J.-P COT, G. PAOLO CASTENETTO, M. VERDUSSEN et B. CAHEN

- *Les droits de la défense devant les parlements exerçant des prerogatives juridictionnelles*, Bruxelles, 1998

F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS et

A. RAYNOUARD

- *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, 2004

GENY FRANÇOIS

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1954

HUSSON LEON

- *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974

KELSEN HANS

- *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962

KOUASSIGAN GUY ADJETE

- *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisation dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974

Lajoie A

- *Les statut juridique des autochtones au Québec et le pluralisme*, Montréal, Yvon Blais, 1996

- *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, Bruxelles, Bruylant, 1998

LAMINE HAOUA

- *Principes de régulation juridique de la « Mêlée normative »*, au nord-Cameroun, thèse de doctorat, Paris, Université Paris 1, 2007

LAVOREL S.

- *Les constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005

LE ROY ETIENNE

- *L'hypothèse du multijuridisme* dans un contexte de sortie de modernité, in André Lajoie, Roderick Macdonald, Richard Janda et al, éd., *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles-Montréal, Bruylant- Thémis, 1998

- *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit*, Paris, LGDJ, Série anthropologie, 1999

LOMAKINA IRINA B

- *Aspects méthodologiques du droit droit coutumier à la lumière des paradigmes classiques et non classiques*, Revue Droit et Cultures, 2005

MACDONALD RODERICK A

- *Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées. L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit*, in Carole Younès et Etienne Le Roy, *médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ?*, Paris, Karthala, 2002

MASSIS THIERRY et PETTITI**CHRISTOPHE**

- *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, 2004

ROULAND NORBERT

- *Pluralisme juridique*, in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de*

théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993

OTIS GHISLAIN, DE DECKKER**PAUL, MASTOR WANDA et AL.**

- *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, éd., des archives contemporaines- AUF, 2010

OST FRANCOIS et VAN DE**KERCHOVE MICHEL**

- *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988

RAYMOND GOY

- *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, 2002

RESZLER ANDRE

- *Le pluralisme comme phénomène social*, in Lauréline Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007

ROMANO SANTI

- *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975

ROUILLOT NICOLAS

- *Edgar Morin et le paradigme de la complexité*, juin 2009

SALLAH MAHMOUD**MOHAMED**

- *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique et société », 2002

SAKRANI R.

- *Au croisement des cultures de droit occidentale et musulmane : le pluralisme*

juridique dans le code tunisien des obligations et des contrats, Schenefeld, EB-Verlag, 2009

TEBOUL GERARD

- *Procréation et droits de l'enfant*, 2004

VACHON ROBERT

- *L'étude du pluralisme juridique*. Une approche diatopique et dialogue, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, n° 29, 1990

- Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité, Conférence donnée au séminaire « Pluralisme et Société », Discours alternatifs à la culture dominante », organisé par l'Institut interculturel de Montréal, le 15 février 1997

VANDERLINDEN JACQUES

- Anthropologie juridique, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996

- Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique, Paris, Karthala, coll. « Cahiers d'Anthropologie du droit », 2003

- Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique, Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, vol. 18 n° 2, 1993

VILLEY MICHEL

- *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1983

VINCENT PASCAL

- *Le droit autrement*, Paris, ECLM, 2001

VOGEL LOUIS

- Unifier le droit : le rêve impossible ?, Paris, LGDJ, coll. « Droit global », 2001

YOUNES C et E. LE ROY

- Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ? , Paris, Karthala, 2002

b) Aux Comores

ABDILLAH SAID AHMED SAID

- Comores : *D'une République à l'autre*, octobre 2011

ABDOUSSALAMI ISSA

- Enfants comoriens en France : socialisation et scolarisation, novembre 2012

ABOUDOU ZAABAY

- *Du pays d'où je viens au pays d'où je suis*, cool. Bio n°4, mars 2014

ARGANT A. et AUJAS J.

- Notes historiques et ethnologiques sur les Comores, *Bulletin de l'Académie Malgache*, 1911

BEN ALI DAMIR

- Etude sociologique de la famille comorienne, 1997, RFIC

BLANCHY S.

- La vie quotidienne à Mayotte, *L'Harmattan, Paris, 1990*

BOUVET H.

- Les problèmes de formation aux Comores. *N° spécial d'Etudes Océan indien*, 1985

CHANUDET C. et VERIN P.

- Une reconnaissance archéologique de Mohéli, *Etudes Océan indien*, vol.2, Paris, 1983

CHOUZOUR SULTAN

- Propos de Saïd Housseine et Compréhension de la Civilisation Comorienne, *Etudes Océan Indien*, vol.2, Paris, 1983
- La vie associative aux Comores, *Recherches Pédagogie Culture*, n° 63, 1983

DAMIR BEN ALI, BOULINIER G. et OTTINO P.

- *Traditions d'une lignée Royale des Comores. L'Harmattan, Paris, 1985*

DJABIR ABDOU

- Les Comores : un Etat en construction, éd., *L'Harmattan. FLOBERT Bertrand*, Les Comores évolution juridique et socio-politique, CERSOI, Aix-Marseille, 1976

FLOBERT THIERRY

- Les Comores, évolution juridique et sociopolitique, Université de Droit, *d'Economie et des sciences d'Aix-Marseille*, 1980

GERMAIN F.

- Une révolution tranquille. *Interview d'Ali Soilihi, Libération 524 du 8 septembre*, 1975

Guy PAUL

- Le droit positif musulman des Comoriens, préface de Gérard Conac, *Professeur à l'Université de Paris I*, 1981
- Etude de droit musulman comorien : la répudiation, Paris I, 1981
- Etudes de droit comorien et *approche de l'islam comorien*, Centre *d'Etudes Juridiques Comparatives de l'Université de Paris I*, 1982
- Traité de droit comorien : Généralités, méthode, les actes juridiques, la méthode musulmane et ses classifications, Alger, 1951
- Cours de droit musulman *à l'usage des candidats aux fonctions de cadis dans l'archipel des Comores, ronéo, Cour d'appel de Tananarive*, 1953
- Etude de droit musulman comorien ; le droit comorien, ses sources, sa méthode, les actes juridiques, 1981
- Ouverture dans le droit musulman comorien, complément aux cours de droit musulman *pour les candidats à l'emploi de cadi*, dans le Territoire des Comores, 1982
- *Etudes sur les Comores et l'islam*, 1985, INALCO.
- Une coutume comorienne : Le magnahuli, Recueil Penant, n° 540, 1946
- Trois études sur une immobilisation foncière en faveur des femmes de la lignée maternelle à la Grande-comore ou Magnahouli, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de droit et de jurisprudence*, 1942

HAMADA MADI BOLERO

- Au service des Comores. Devoir de vérité, Coll. Bio n° 4, juin 2012

IDI BACAR ALI

- Leçons de vie, coll. Bio n°4, janvier 2014

IDRISS MOHAMED CHANFI

- *Fragments d'expérience*, coll. Coelacanthé, 2014

KANE CHEIKH HAMIDOU

- *L'Aventure ambiguë*, U.E.G., Paris, coll., 10/18, 1961

LEYMARIE P.

- Décentralisation et lutte anti-féodale aux Comores. Une révolution essentiellement culturelle ? Le monde diplomatique, 1997

MAESTRE J.C

- Les Comores. « Chronique politique et institutionnelle » dans *Annuaire des pays de l'Océan indien*, vol. 3, 1978

MARTIN J.

- Comores : Quatre Îles entre pirates et planteurs. *L'Harmattan, Paris, 1983*
- Les notions de Clans, Nobles et Notables. Leur impact dans la vie politique comorienne d'aujourd'hui. *L'Afrique et l'Asie*, 81-82, 1968

NASSOR HALIFA FATOUMA

- Le séparatisme aux Comores. Enjeux géopolitiques, juillet 2010

ROBINEAU C.

- Approche sociologique des Comores, ORSTOM, Paris, 1962
- *Société et économie d'Anjouan*, ORSTOM, Paris, 1966

ROUVEYRAN J.C et DJABIR A.

- *L'économie ostentatoire. Le n'dola n'kou ou grand mariage comorien*, Revue du Tiers-Monde. IX, 33, 1968

SAID HOUSSEINE

- Histoire et sociologie de ngazidja. Manuscrit, Traduction et notes par Sultan Chouzour, Etudes Océan Indien, Documents comoriens I. INALCO, Paris, 1982

TOIHIRI M.

- La République des imberbes, *L'Harmattan, Paris, 1984*

VERIN E.

- Les Comores dans la tourmente, Etudes Océan Indien, INALCO, Paris, 1988

VERIN P. et BATTISTINI R.

- Géographie des Comores, Nathan, Paris, 1984

c) Pour aller plus loin sur les Comores : ed., Coelacanthé.**TAREHI n° 1**

- *L'expérience révolutionnaire aux Comores/ Le « anda na mila » dans le cycle vital du Comorien*, février 2001

TAREHI n° 3

- Evolution du droit et de la Justice aux Comores, septembre 2001

TAREHI n° 10

- *L'islam comorien entre traditions, shafrites et wahhabites*, Juillet 2004

TAREHI n° 11

- 22 décembre 1974. Les Comores votent pour l'indépendance/ Moroni. Naissance d'une capitale, janvier 2005

TAREHI n° 12

- 1975 aux Comores- Uhuru na Ufakuzi « indépendance et Coup d'état », juillet 2005

d) En Afrique**ATANGANA B.**

- Actualité de la palabre ?, Etudes, n° 324, 1966

BIDIMA JEAN-GODEFROY

- La palabre, une juridiction de la parole, Michalon, Le bien commun, 1997

BOUVENET GASTON-JEAN

- Recueil annoté des textes de procédure civile et commerciale applicables en Afrique occidentale française, Paris, éd., de l'Union française, 1954

DELEGATION A LA PAIX, A LA DEMOCRATIE ET AUX DROITS DE L'HOMME

- Promouvoir la diversité des cultures juridiques, Paris, Organisation internationale de la Francophonie, novembre 2011

ELIAS T. O

- La nature du droit coutumier africain, Paris, Présence africaine, 1998

GAMBARO ANTONIO, SACCO**RODOLFO et VOGEL LOUIS**

- *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011

HOURQUEBIE FABRICE

- *La diversité juridique dans l'espace francophone*, Relevé de conclusions du séminaire de travail GRECCAP-OIF, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2009

KOHLAGHEN DOMINIK

- La place de la justice traditionnelle burundaise après la loi communale de 2010, Annuaire 2009-2010, Paris, L'Harmattan, 2010

KUYU CAMILLE

- A la recherche du droit africain du XXI siècle, Paris, Connaissances et Savoirs, 2005

LE ROY

- *Les Africains et l'institution de la justice*, Paris, Dalloz, 2004

LESNE-FERRET MAITE

- *L'organisation de la justice coloniale : les décrets de 1897 à 1937*, in Bernard Durand, la justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale, tome I, Montpellier, 2001

MASSINON RENE

- *L'illusion civilisatrice dans les actes législatifs de la période coloniale*, Revue de civilisation burundaise, 1983

MEDENOUVA FIRMIN

- Coutumier du Dahomey, Présence béninoise, 2004

NTAHOMBAYE PHILIPPE

- *L'institution des Bashingantahe en tant que mécanisme traditionnel de prévention et de résolution pacifique des conflits au Burundi*, Unesco, 1996

MENIER PIERRE

- *Organisation et fonctionnement de la justice indigène en Afrique occidentale française*, Paris, Augustin Challamel, 1914

NTAMPAKA CHARLES

- *Le retour à la tradition dans le règlement des différends, le gacaca*, Dialogue, 1995

- *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses universitaires de Namur, coll. « Travaux de la faculté de droit de Namur », 2005

PAUTRAT RENE

- *La Justice locale et la Justice musulmane en Afrique occidentale française*, Rufisque, Imprimerie du Haut Commissariat de la République en Afrique occidentale française, 1957

PAUWELS JOHANE

- *Introduction au droit*, Butare, Université nationale du Rwanda, 1973

POIRIER JEAN

- *Éléments de réflexion pour une théorie du droit africain*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2005

RAYNAL MARYSE

- *Justice traditionnelle, justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, *L'Harmattan*, coll. « Logiques juridiques », 1994

SACCO R.

- *Le droit africain : anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009

SOHIER JEAN

- *Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumière du Congo et du Rwanda-Urundi jusqu'en 1953*, Bruxelles, Larcier, 1957

URBAN YERRI

- *L'indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, Paris, LGDJ, 2011

WODZICKI M.

- *Défendre les droits humains en Afrique : points de vue sur la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, Montréal, Droits et démocratie, 2008

ZOUEU M. T.

- *L'unification du droit de la famille au Cameroun*, Paris, *L'Harmattan*, 2010

e) En droit musulman**AL-FARRA IBN**

- *Al – ahkam al – sultaniyya*, Imprimerie Halabi, Le Caire, 1938

BERCHER LEON

- *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, Tunis, 1926

BUKHARI

- *Les Traditions islamiques*. 4 vol., Paris, 1903-19014

BURLOT JEAN

- La civilisation islamique, Hachette, Paris, 1990

CARATINI ROGER

- *Le Génie de l'islamisme*, Michel Lafon, 1992

CHAMSDINE ALI KORDJEE

- *Introduction à l'étude des confréries religieuses musulmanes aux îles comores*, Université de Dakar, 1983

CHELHOD JOSEPH

- Les sacrifices chez les Arabes, Presses universitaires de France, Paris, 1955

CHOUZOUR SULTAN

- Idéologies et Institutions : *l'Islam* aux Comores, Université de Provence, 1972

FROELICHE J. C

- *Les musulmans d'Afrique noire*, Orante, Paris, 1962

GARDET L.

- La Cité musulmane. Vie sociale et politique, vrin, Paris, 1961

GAZALI AL

- *L'obligation d'ordonner le bien et d'interdire le mal*, Livre, XIX – vol., II, traduction Léon Bercher, Imprimerie N. Bascone et S. Muscat, Tunis, 1961

HARASI AL

- Commentaire du Muhtasar de Halil, avec glossaire d'al-Adawi, Le Caire, 1317

HENRY DE MONFRED

- *Les derniers jours de l'Arabie* Heureuse, Gallimard, Paris, 1935

GOLDZIER

- Etudes sur les traditions islamiques. Adrien-Maisonneuve, Paris, 1952
- *Le dogme et la loi de l'Islam*, Paris, 1920

GUY PAUL

- Cours de droit musulman. Tananarive, 1966
- Traité de Droit musulman comorien, Alger, 1954

HAMIDULLAH M.

- Traduction du Coran. Club français du livre, Paris, 1970

LAMMENS HENRI

- *L'islam, croyances et institutions*, Imprimerie catholique, Bayrouth, 1926

LEVI-PROVENCAL

- Documents arabes inédits sur la vie sociale et économique en Occident musulman au moyen-âge, trois traités hispaniques de hisba, texte arabe, Le Caire, Imprimerie de l'Institut français d'Archéologie Orientale, 1955
- Histoire de l'Espagne musulmane, t. III, Paris, 1953

LINANT DE BELLEFONDS

- Traité de droit musulman comparé, Paris-La Haye, 1955

MAURICE GAUDEFROY-**DEMOMBYNES**

- Les institutions musulmanes, Flammarion, Paris, 1953

MILLIOT LOUIS

- Introduction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey, Paris, 1953

MUNAGGID-AL SALAH AL-DÎN

- Le concept de justice sociale en Islam, éd., Publisud, Paris, 1982

PLATONOV et GAUDFROY-**DEMOMBYNES**

- Le Monde musulman et bysantin jusqu'aux croisades, Paris, 1931

REMALD

- *L'institution de diwân al-mazâlim*, éd., maghrébines, Casablanca, 2002

RONDOT P.

- *L'islam et les musulmans d'aujourd'hui*, Orante, Paris, 1958

ROBERT MICHEL

- La société islamique et le droit musulman *aux Comores et dans l'Océan indien*, D.E.S histoire - L'économie ostentatoire. Le n'dola n'kou ou grand mariage comorien, Revue du Tiers-Monde IX, 33, 1968
- La société islamique et le droit musulman *aux Comores dans l'Océan indien*, 1976, CNDRS

SOURDEL DOMINIQUE et**JANINE**

- *La civilisation de l'Islam classique*, Artaud, Paris, 1968

SCHUON F.

- *Comprendre l'islam*, Le Seuil, Paris, 1976
- *Etudes d'Histoire et civilisation arabes et islamiques*, Les Editions ISIS, Istanbul, 2001
- *L'Arabie préislamique et son environnement historique et culturel*, Actes du colloque se Strasbourg, juin 1987, édité par Fahd Toufik, 1989

TYAN EMILE

- Le notariat et le régime de la preuve par écrit, dans la pratique du droit musulman, 2^e ed., sans date.
- *L'Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, B.J. BRILL, Leiden, 1960
- Le système de responsabilité délictuelle, en droit musulman, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1926

VAN DEN BERG

- Fathul quarib (commentaires et jurisprudence), faculté de Paris, 1894,

VERIN P.

- *L'introduction de l'islam aux Îles comores selon les traditions orales*, in Paideuma mitteilungen zur kulturekunde. Wiesbaden, 1989

II- Thèses, mémoires, articles

ALI DJALIM

- Le droit musulman aux Comores, pp. 25-27, 1989

ALTHABE G.

- Ordonnances et décrets portant sur *l'organisation de la justice* aux Comores. Ministère des T.O.M-D.O.M, Paris, 1969

CHANUDET C.

- *Contribution à l'étude du peuplement de l'Île de Mohéli (Comores)*, Thèse soutenue à l'INALCO, Paris, 1988

CHARPENTIER J.

- Révolution et fiction aux Comores : *Le jeu de l'Ylang et du Cocottier*, Mémoire du C.H.E.A.M., Paris, 1977

CHOUZOUR SULTAN

- Idéologies et Institutions : *l'islam* aux Comores, Mémoire de Maîtrise, Université de Provence, 1972

DE MAXIMY R.

- *L'archipel des Comores*, Thèse, Aix-En-Provence, 1968

DJABIR ABDOU

- Le droit comorien dans la tradition du milanantsi, pp. 35-52

DJAE OULOVAVO

MOHAMED

- La rationalisation de la justice comorienne, (Dir.) Marie-Rivier Claire, Mémoire de DEUA, Faculté de Droit et

Science politique, Université-Lumière, Lyon2, 2012.

- Etude comparée entre la profession *d'avocat* en France et aux Comores ; (Dir.) Pierre FRONTON, Mémoire de Maîtrise, Faculté de Droit et Science politique, Université-Lumière, Lyon2, 2010
- *Le rôle du chef de l'Etat dans un régime parlementaire*. Etude comparée entre La France et les Comores, (Dir) Daniel MARTINS et Loïc CHABRIER Mémoire de recherche, Licence en droit, Faculté de droit et Science politique, Université-Lumière, Lyon2, 2009

DJAE OULOVAVO

RAHMATALLAH

- Le mariage entre la loi islamique et les coutumes comoriens. (Dir.), Abdoulhakim Mohamed Chakir, Mémoire de recherche de DEUA, Université des Comores, 2012

DINI NASSUR

- Quelques aspects de la justice traditionnelle comorienne, pp. 18-24, 1990
- *Revue d'histoire et d'archéologie*, septembre-novembre, 2001, n°3, pp. 17-59 (*Revue Juridique de l'Océan indien*).

ATIAS CH.

- Pouvoir et autorité judiciaire, D. 1992, ch. 180

IDAROUSSE ATTOUMANE

- Le sous-Développement comorien, Thèse de 3^e sicle, Institut de Géographie, Université de Bordeaux III, 1982

IBRAHIM MAHMOUD

- *L'organisation judiciaire aux Comores pendant la période coloniale (1912-1946)*, pp. 28-34

IDAROUSSE ATTOUMANE

- Le sous-développement comorien, Thèse de 3^e sicle, Institut de Géographie, Université de Bordeaux III, 1982

MOUSSA SAID

- *Contribution à l'étude de la poésie chantée de Ngazidja*, Mémoire de Maîtrise, Faculté des lettres, Nice, 1984

PIERRE WEISS

- *Evolution de l'organisation juridictionnelle*, Comores-droit, 15 avril 2010

SAID ABDOURAHIM

- Mariage à Ngazidja, Fondement d'un pouvoir, Thèse de 3^e sicle, Université de Bordeaux III, 1983

BARTHELEMY J.

- Le droit au pouvoir, in Mélanges Draï, Dalloz, 2000

BELLET P.

- Grandeur et servitude de la Cour de cassation, RID, com., 1980

BILLIAU M.

- Quel rôle pour la Cour de cassation au XX^e siècle ?, in Mélanges Normand, Litec, 2003

CISSE AB et CAMARA F.K

- Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines, *Revue de l'arbitrage*, n°2, 2009

- « *L'art de réformer ou la construction d'un nouveau droit dans la pensée de Mireille Delmas-Marty* », in Mireille Delmas-Marty (Dir.) Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Société de législation comparée, coll. « UMR de droit comparé de Paris », vol. 9, 2005

- *Le nouvel élan de l'OHADA* », *Revue droit et patrimoine*, mars 2011

CORNU G.

- Les principes directeurs du procès par eux-mêmes, Mélanges, Bellet, Litec, 1991

- Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : les droits de la défense en procédure civile, Mél. Roubiet, Dalloz, 1961

LEBARS TH.

- Le positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation, in Mél. Héron, LGDJ, 2009

LESPINAY CH.

- Valeurs traditionnelles, justice de proximité et institutions, in Emile Mworoha, *Construire l'Etat de droit, Paris, L'Harmattan*, 2000

LEYMARIE P.

- Décentralisation et lutte anti-féodale aux Comores. Une révolution essentiellement culturelle ? Le monde diplomatique, 1997

MATHIEU-IZORCHE MARIE-LAURE

- Pluralisme et unité, in Lauréline Fontaine (dir.), Droit et pluralisme, Bruxelles, Bruylant, 2007

MORET- BAILLY JOEL

- Des pluralismes juridiques, Droits, revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, 2002

NORMAND J.

- Composition et fonctionnement des *juridictions au regard de l'article 6-1* de la Convention européenne des droits de *l'homme RTDCiv.2000*

RENOUX TH.

- Le droit au juge naturel, droit fondamental, RTDCiv. 1993

TRUCHE P.

- La première présidence de la Cour de cassation, in Mélanges Draï, Dalloz, 2000

Lexique

a) En droit français

Accusatoire : Caractère d'une procédure dans laquelle le juge a un rôle passif dans la mise en état.

Acquiescement : Fait, pour le défendeur, de se soumettre aux prétentions du demandeur.

Acquittement : Décision d'une cour d'assises déclarant non coupable la personne poursuivie.

Action civile : Par opposition à l'action publique, action tendant à faire valoir des intérêts civils. Se dit de l'action de la victime d'une infraction, aux fins de réparation de son préjudice, notamment devant une juridiction pénale.

Action publique : Action exercée par les membres du parquet ou la personne prétendant avoir été victime d'une infraction, et tendant à faire valoir les intérêts de la société.

Action récursoire : Action par laquelle une partie, à l'issue d'un procès, se retourne contre un tiers tenu de la même obligation qu'elle, afin de lui faire supporter le poids de sa condamnation.

Appel circulaire : Appel interjeté non devant une juridiction hiérarchiquement supérieure, mais devant une juridiction de même nature et de même degré que celle dont le jugement est attaqué.

Appel incident : Prétentions formées par l'intimé qui demande à son tour quelque chose.

Assesseur : Juge membre d'une juridiction collégiale, autre que le président de la formation.

Astreinte : Condamnation à une somme d'argent, par jour, par semaine, par mois, de retard, prononcée par le juge contre un débiteur récalcitrant, en vue de l'amener à exécuter en nature son obligation.

Avis conforme : Opinion que le destinataire de l'avis doit suivre.

Avis simple, avis consultatif : Opinion que le destinataire de l'avis n'est pas tenu de suivre.

Avocat au conseil : Officier ministériel représentant et assistant les plaideurs devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

Avoué : Officier ministériel représentant les plaideurs devant la cour d'appel.

Barreau : Ordre des avocats inscrits près d'un tribunal de grande instance.

Bâtonnier : Président élu du conseil de l'ordre des avocats.

Chambre du conseil : Salle attenante à la salle d'audience où les juges se retirent pour délibérer. Par extension, on dit qu'une décision est prise en chambre du conseil lorsqu'elle est prise à huis-clos.

Citer : attirer devant une juridiction.

Comparître, comparution : En général, le fait de participer au procès, en étant présent ou représenté.

Compétence exclusive : Une juridiction a compétence exclusive lorsque la connaissance d'un certain contentieux lui est absolument réservée. Il convient alors de respecter la règle de compétence sans aucune autre considération telle que le taux de compétence, la volonté dérogatoire des parties.

Confirmation : Décision de la juridiction chargée de statuer dans le cadre d'une voie de réformation, à la teneur identique à celle la décision contrôlée.

Connexe, connexité : Lien étroit entre des demandes ou des affaires différentes, rendant opportun leur jugement par la même juridiction voire leur jugement commun.

Conseil de l'ordre des avocats : Organe chargé de l'administration et de la discipline du barreau. Ses membres sont élus par leurs pairs.

Contradictoire, contradiction : Ce qui fait l'objet, ou a été précédé, d'une information et d'une possibilité de réponse de chaque plaideur. Principe du contradictoire.

Défenseur : Personne chargée de la défense de l'intéressé au procès, à ne pas confondre avec le défendeur, c'est-à-dire la personne contre laquelle le demandeur dirige principalement ses prétentions.

Délibéré : Prise de décision précédée d'une concertation entre membres d'une juridiction collégiale.

Demande : Synonyme de prétention. Objet de l'action en justice. Ce qu'un plaideur demande en justice. Une demande peut émaner du demandeur, mais aussi du défendeur.

Demande incidente : Prétention formée par l'un des plaideurs, autre que la demande initiale.

Demande initiale : Prétention formée par le demandeur, au moment de la saisine de la juridiction.

Demande reconventionnelle : Prétention formée par le défendeur, qui demande, à son tour, quelque chose, autre que le simple rejet des prétentions adverses.

Déni de justice : Refus injustifié de juger ou attitude assimilée d'une juridiction.

Dépens : Par opposition aux frais irrépétibles, frais indispensables à la poursuite du procès et tarifés. Exemples : émoluments qui rémunèrent l'huissier de justice ; indemnisation des témoins.

Désistement : Fait d'abandonner la demande.

Dispositif du jugement : Partie du jugement qui indique dans quel sens la juridiction a statué, par opposition aux motifs du jugement qui indiquent pourquoi la juridiction a statué dans ce sens.

D'office : Sans l'initiative de l'intéressé. Exemples : le juge relève un moyen d'office, ou ordonne une mesure d'instruction d'office ; un avocat commis d'office.

Droit judiciaire privé : Ensemble de règles relatives aux juridictions civiles et à la procédure civile.

Droit objectif : Par opposition au droit subjectif, système des règles de droit.

Droit subjectif : Par opposition au droit objectif, prérogative d'une personne. Exemples : mon droit de propriété, ma créance.

Droit substantiel : Une règle de droit substantiel est une règle qui touche le fond du droit, par opposition à une règle de droit procédural qui concerne la façon de laquelle il est possible de réaliser les règles de droit substantiel. Exemples de règle de droit substantiel : Il est possible de divorcer, sous certaines conditions. Exemple de règle de droit procédural : seul le juge peut prononcer le divorce.

Exception de procédure : Moyen de défense procédural consistant à mettre un obstacle temporaire à l'action de l'adversaire. Exemples : le fait pour un plaideur de soulever l'incompétence de la juridiction devant laquelle il est attiré, constitue une exception de procédure.

Exécutoire : Ce qui peut faire l'objet d'une exécution forcée. Les titres exécutoires sont les jugements passés en force de chose jugée et les actes notariés passés en la forme authentique.

Exequatur : Décision du juge conférant force exécutoire à une décision de justice étrangère ou à une sentence arbitrale.

Fin de non-recevoir : Moyen de défense faisant valoir une cause d'irrécevabilité de l'action en justice : les conditions de l'action en justice ne sont pas remplies (défaut de qualité, défaut d'intérêt, prescription, chose déjà jugée).

Force de chose jugée : Une décision de justice a force de chose jugée lorsque les voies de recours suspensives d'exécution sont épuisées.

Frais irrépétibles : Par opposition aux dépens, frais non indispensables à la poursuite du procès et/ ou non tarifés. Exmples : honoraires de l'avocat ; frais de déplacement.

Huis-clos : L'audience est à huis-clos lorsque le public en est exclu.

Imperium : Pouvoir de commandement du juge.

Infirmary : Décision de la juridiction chargée de statuer dans le cadre d'une voie de réformation, à la teneur différente de celle de la décision contrôlée et se substituant à cette dernière.

Infra petita : En deça des prétentions . Le juge statue infra petita lorsqu'il ne répond pas à toutes les prétentions des plaideurs.

Inquisitoire : Caractère d'une procédure dans laquelle le juge a un rôle actif dans la mise en état.

Intimé : Défendeur en appel.

Irrévocable : Une décision de justice est irrévocable lorsque les voies de recours extraordinaires sont épuisées, et qu'elle n'est donc plus susceptible d'être anéantie dans l'ordre juridique interne.

Judiciaire : Au sens large, ce qui est relatif à l'appareil de la justice. Au sens restreint, ce qui est relatif au pouvoir de la justice à l'exclusion de la justice administrative.

Jurisdiction : Organe chargé de trancher des litiges, et dont la composition et/ou la procédure applicable devant lui, offre des garanties d'impartialité.

Jurisdictio : Pouvoir du juge de dire le droit.

Jurisdiction D'attribution : Jurisdiction autre que la juridiction de droit commun, compétente en vertu d'une règle spéciale.

Jurisdiction de droit commun : Jurisdiction compétente en vertu d'une règle générale, tant qu'aucune règle spéciale n'attribue compétence à une autre juridiction.

Jurisdiction échevinale : Jurisdiction associant des juges professionnels et des juges non professionnels, représentant certaines catégories socio-professionnelles ou l'ensemble des citoyens.

Jurisdiction d'exception : Jurisdiction dérogatoire du droit commun voire dérogeant de façon injustifiée du droit commun. L'expression est souvent employée comme synonyme de juridiction spéciale.

Juridiction du fond : Juridiction statuant sur l'entier litige, en fait et en droit (L'expression est ambiguë, car les juristes emploient souvent le terme « fond » comme synonyme de droit substantiel, en l'opposant à celui de forme. Or, les juridictions du fond statuent aussi bien sur le bien-fondé que sur la recevabilité des prétentions des plaideurs.

Juridictionnel : Ce qui est relatif à une juridiction.

Juridiction paritaire : Juridiction composée de représentants en nombre égal de deux catégories socio-professionnelles.

Juridiction spéciale : Juridiction d'attribution : ses compétences diffèrent de celles de la juridiction de droit commun, ainsi que son organisation, sa composition et/ou son fonctionnement.

Juridiction spécialisée : Peut se dire de toutes les juridictions dont la compétence diffère, même légèrement, de celle de la juridiction de droit commun. Exemples : juridiction de droit commun dont la compétence a été étendue. L'expression est souvent utilisée comme synonyme de juridiction spéciale.

Juridique : Ce qui est relatif au droit.

Matière contentieuse : Par opposition à la matière gracieuse, matière à juger faisant l'objet d'un litige.

Matière gracieuse : Matière à juger qui ne fait pas l'objet d'un litige ; le juge intervient seulement pour vérifier la réunion des conditions de régularité d'une situation (exemple : adoption).

Mesure d'administration judiciaire : Décision d'un juge ayant pour objet d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice, et n'ayant pas les effets d'un jugement. Exemples : affectation de tel juge de la juridiction à telle chambre, fixation d'un délai au plaideur pour faire valoir ses arguments, désignation d'un expert.

Mise en état : Equivalent de l'instruction, mais avec une connotation moins inquisitoire : la juridiction met l'affaire en état d'être jugée, en en prenant connaissance à travers les moyens de fait et de preuve des parties.

Moyen : Au sens procédural, les moyens sont les principaux arguments confortant ou réfutant les prétentions d'un plaideur. Exemples : « M. X est présumé être le père de cet enfant » (moyen de droit) ; « Je n'ai pas conçu cet enfant » (moyen de fait) ; « Un examen comparé du sang peut le prouver » (moyen de preuve).

Non-lieu : Décision, de la part d'une juridiction pénale d'instruction, de ne pas traduire la personne poursuivie devant la juridiction de jugement faute de charges suffisantes.

Opposition : Voie de recours réservée aux plaideurs n'ayant pas comparu en première instance, et destinée à rétablir la contradiction ayant fait défaut dans cette instance. Elle est portée devant la juridiction ayant rendu la décision attaquée.

Ordonnance : En droit processuel, l'ordonnance est une décision moins solennelle qu'un jugement et rendue par un juge unique.

Partie civile : Personne prétendant être victime d'une infraction et mettant, à ce titre, en mouvement l'action publique.

Pourvoi incident : Prétentions formées par le défendeur au pourvoi qui demande à son tour quelque chose.

Prétention : Objet de la demande d'un plaideur ; ce qu'un plaideur demande en justice.

Principe dispositif : Selon ce principe, le procès est la chose des parties : elles seules peuvent engager l'instance et en déterminer l'objet ; elles peuvent y mettre prématurément fin.

Récusation : Procédure permettant à un plaideur de demander qu'un juge ne statue pas sur son affaire en raison du risque de sa partialité.

Référé : Procédure d'urgence.

Reformatio in pejus : « Réformation en pire » La juridiction de recours ne peut, sur le seul recours de l'accusé, aggraver le sort de ce dernier.

Relaxe : Fait de juger non coupable une personne accusée d'avoir commis un délit ou une contravention.

Requête : Demande adressée à un organe ; adressée à une juridiction, elle saisit la juridiction. Procédure sur requête : procédure d'urgence qui déroge, dans un premier temps, au principe du contradictoire.

Ressort : Champ d'intervention. Ressort territorial : champ d'intervention territorial d'une juridiction. Jugement rendu en premier ressort : premier (mais pas dernier) champ d'intervention des juridictions du fond (jugement susceptible d'appel.)

Révision, recours en : Recours tendant à obtenir un nouveau procès par suite de la découverte d'éléments nouveaux.

Rôle : En droit processuel, répertoire où figure toutes les affaires qu'une juridiction doit traiter ou a traités.

Surseoir à statuer, sursis à statuer : Le sursis à statuer signifie une suspension de l'instance, en attendant un événement procédural particulier.

Taux de compétence : Valeur économique des prétentions du demandeur déterminant la compétence d'une juridiction civile.

Taux de ressort : Valeur économique des prétentions du demandeur, au-delà de laquelle l'appel est ouvert en matière civile.

Titre exécutoire : Titres ou actes permettant à leur bénéficiaire de recourir à l'exécution forcée : jugements, arrangements amiables homologués par le juge, actes notariés.

Ultra petita « Au-delà des prétentions ». Le juge statue ultra petita lorsqu'il accorde plus que ce qui avait été demandé par un plaideur.

Voie d'annulation : Voie de recours portée devant une juridiction (supérieure) chargée d'opérer un contrôle de légalité. La décision qui résulte de l'exercice d'une voie d'annulation ne fait que valider ou qu'annuler la décision attaquée (Exemples : recours en cassation ; recours pour excès de pouvoir).

Voie de recours suspensive d'exécution : Voie de recours dont les délais et/ou l'exercice empêchent, en principe, l'exécution forcée de la décision critiquée.

Voie de réformation : Voie de recours portée devant une juridiction différente de celle ayant rendu la décision attaquée et susceptible de réexaminer l'affaire dans tous les aspects portés devant la juridiction dont la décision est attaquée. La décision résultant de l'exercice d'une voie de réformation se substitue à la décision attaquée.

Voie de rétractation : Voie de recours destinée à porter l'affaire à nouveau devant la juridiction ayant rendu la décision attaquée, en vue de l'introduction d'éléments nouveaux (Exemples : recours en révision, opposition). La décision résultant du nouvel examen de l'affaire se substitue à la décision attaquée.

b) En droit traditionnel comorien

Anda, ndola nku : Grand mariage.

Arussi : prestation coutumière de confortation du statut de notable , mdru mdzima.

Ayibu : déshonneur.

Bedja, mabedja : Titre donné aux détenteurs de l'autorité sous le régime politique désigné par le même terme.

Beya : individus d'une même génération.

Djéléwo : cérémonie annonçant l'organisation prochaine d'une importante cérémonie coutumière.

Mafé : Titre porté par les chefs dans le plus ancien système politique comorien connu.

Fundi : enseignant, expert.

Gungu : Danse de dérision et d'anathème sanctionnant une faute grave.

Guzi : Le plus haut échelon dans la classe des wanamdji, les enfants du village.

Harusi : Festivités, mariage coutumier.

Hinya : Clan, lignages matrilineaires.

Hirimu : Classe d'âge.

Hitima : Récitation rituelle du Coran, serment solennel sur ce livre.

Ikawo : Groupe d'individus en nombre limité.

Karamu : Festin, abattage cérémonial au profit du fiancé.

Mahari : Dot .

Magnahuli : Immobilisation de biens immobiliers et fonciers au profit exclusif des femmes de la lignée maternelle.

Mau : Tribu, amende.

Mdji : Arrondissement, coutumier ou unité territoriale du système coutumier. Groupe coutumier, unité sociale d'ordre coutumier groupant par affinité des wandrwadzima. Mdji : Village.

Mdrumdzima : Homme ayant accompli son grand mariage.

Mfawumé : Roi, sultan.

Mfomamdji : Le plus haut grade de la hiérarchie coutumière grand notable.

Mila : Tradition.

Mnaikofiya : Individu venant d'accéder au statut de mdrumdzima.

Mnaikofiya-handa : Deuxième grade dans le statut des wandrwadzima.

Mnamdji : Membre de la classe d'âge de ceux qui n'ont pas accompli le grand mariage.

Mpambe : Demoiselle de compagnie.

Ndola : Mariage.

Ndola nku : Grand mariage.

Shunduwantsi : Evocation ritualisée des traditions et des généalogies à l'occasion d'un grand mariage.

Wulapwa : Etre banni.

Umbiza : Les noces.

Wazuguwa : Le deuxième grade dans la classe d'âge de ceux qui n'ont pas accompli leur grand mariage.

c) En droit musulman

Le Ta'r : Vengeance privée

Al-diyya : Composition légale

Al-hakam : Arbitre

Al-qisâs : Talion

Al-afw: Pardon

Al-qadâ: La judicature

Al-qâdi : Le magistrat judiciaire

Al-charia : La loi religieuse

Al-fiqh : La jurisprudence

Al-umma : La communauté des musulmans

Sunna : Faits et gestes du prophète

Al-bayyina : La preuve

Al-iqrâr : L'aveu

Adûl : Les témoins des juges ou notaire

Fatwa : Consultations juridiques

Al-mazâlim : Tribunal du redressement des torts

Al-churta : La police

Qâdi al-askar : Le juge du corps de l'armée

Al-hâgib : Le chambellan

Al-muhtasib : Inspecteur des mœurs

Normes internes

- Lois et décrets

- Constitution du 1^{er} octobre 1978 de la République Fédérale Islamique des Comores, *suivi d'une brève étude, Ministère de la Coopération, 15 p.* 1979

- Constitution *de l'Union des Comores du 23 décembre 2001, révisée par la loi référendaire* du 17 mai 2009

- Loi organique relative à la Cour Suprême, 27 juin 2005

- *Loi organique relative à l'organisation judiciaire dans l'Union* des Comores, 20 décembre 2005

- *Loi organique relative à l'organisation transitoire des juridictions pour mineurs*, 31 décembre 2005

- Codes

- Recueil des instruments internationaux et de la législation nationale, PNUD-UNICEF, Comores, 2009

- Code de procédure civile, éd., 2011

- Recueil des textes nationaux, ONU-Comores, éd., 2011

III- Sites internet

- www.assemblée-nationale.fr
- www.bfdc.org
- www.circulaires.gouv.fr
- www.conseil-constitutionnel.fr
- www.courdecassation.fr
- www.droitconstitutionnel.org
- www.justice.gouv.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.senat.fr
- www.conseil-etat.fr
- www.coe.fr
- www.echr.coe.int
- www.curia.europa.eu
- www.gip-recherche-Justice.fr
- www.sudoc.abes.fr
- www.unesco.org

Index

A

Accès à la justice, 206
Accès au dossier, 127
Accès au droit, 202, 230, 231, 233, 234, 236, 237, 239, 240, 241
Accès au juge, 200, 201, 231, 242
Acculturation juridique, 14, 22, 23, 25, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 257, 271, 276, 401
Accusation, 110, 111, 117, 124, 125, 126, 127, 215, 246, 247, 286
Accusé, 111, 124, 127, 128, 222, 229, 286, 291, 335, 377, 398, 457
Acte d'accusation, 117
Acte de procédure, 206
Action, 49, 50, 97, 116, 118, 140, 145, 147, 148, 168, 170, 186, 187, 204, 206, 207, 210, 211, 213, 214, 219, 223, 225, 226, 238, 241, 251, 266, 271, 284, 294, 297, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 309, 311, 312, 320, 328, 352, 355, 399, 408, 451, 453, 454, 456
Action en justice, 206
Action publique, 50, 116, 118, 170, 210, 451, 456
Adâla, 87
Adâlâ, 93
Adl, 87, 88, 94, 97
Adul, 92, 93
Affaires, 22, 44, 53, 57, 67, 75, 76, 77, 83, 85, 98, 108, 116, 128, 130, 135, 209, 210, 213, 233, 235, 245, 251, 268, 287, 295, 299, 307, 326, 353, 380, 385, 387, 403, 423, 452, 457
Aide juridictionnelle, 231, 237, 238, 240
Al-usûl, 88
Amende, 44, 59, 75, 216, 289, 313, 333, 390, 459
Anda, 43, 58, 64, 458
Ânda Na Mila, 50
AOF, 74, 75, 76, 77, 78
Appel, 15, 19, 52, 64, 71, 75, 77, 80, 81, 109, 110, 121, 129, 130, 131, 132, 134, 141, 143, 150, 172, 180, 181, 184, 186, 193, 208, 212, 227, 228, 229, 230, 238, 251, 255, 256, 258, 261, 267, 269, 270, 271, 281, 285, 291, 296, 300, 321, 334, 452, 454, 457
Arbitrage, 7, 59, 171, 184, 201, 326, 427
Arrangement, 12
Assemblée nationale, 153, 334, 357
Assemblées délibérantes des Aînés, 51
Assesseurs, 70, 75, 76, 77, 110, 113, 122, 131, 175, 179
Assurance de protection juridique, 240, 241
Authentique, 88, 353, 454
Autorité de la chose jugée, 58, 144, 165, 166, 192, 207, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 225, 226, 246
Autorité judiciaire, 31, 72, 118, 142, 145, 221, 232, 243, 248, 249, 250, 407

Autorités publiques, 152, 153, 162, 165, 168, 169, 185, 253
Autosaisine, 156, 157, 160, 161
Avocat, 13, 79, 110, 127, 128, 129, 130, 173, 189, 203, 209, 227, 228, 231, 236, 237, 240, 241, 285, 292, 311, 312, 335, 377, 385, 449, 453, 454

B

Bâlig, 85
Bonne moralité, 87, 93

C

Calife, 83, 91
Chambre civile, 5, 109, 130, 177, 182
Chambre commerciale, 5, 109, 113, 161, 174, 179
Chambre criminelle, 5, 119, 120, 121, 122, 123, 127, 128, 129, 174, 179, 182, 217, 290
Chambre d'accusation, 111, 116, 119, 120, 130, 131, 254
Chambre du conseil, 108, 452
Chambre haute, 44, 46
Chambre sociale, 5, 109, 174, 179, 182
Chambre spéciale, 77
Chari'a islamique, 81
Chefs coutumiers, 53, 74
Christianisme, 67
Circulaire, 75, 77, 129, 169, 174, 451
Clause, 166, 327
Code civil, 36, 48, 61, 71, 139, 192, 195, 207
Code de procédure civile, 36, 55, 71, 72, 168, 224, 339
Code de procédure pénale, 116, 117, 118, 120, 148
Collégiale, 108, 109, 451, 452
Comparaitre, 97, 128, 304, 402
Conciliation, 38, 59, 75, 235, 318, 319, 323, 326, 334, 336, 368, 379
Confession musulmane, 87
Conflits de juridictions, 68
Connexité, 149, 244, 264, 452
Conseil constitutionnel, 5, 6, 7, 115, 117, 134, 136, 142, 145, 146, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 160, 161, 162, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 176, 181, 182, 229, 417, 418, 419
Conseil d'Etat, 5, 7, 134, 139, 140, 141, 142, 144, 147, 156, 161, 169, 171, 176, 181, 223, 282, 419, 420, 452
Conseil insulaire, 237
Conseil supérieur de la magistrature, 141
Constitution, 6, 36, 49, 70, 73, 77, 104, 111, 117, 136, 145, 150, 151, 153, 155, 156, 157, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 174, 175, 178, 181, 183, 185, 188, 201, 232, 233, 241, 244, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 267, 271, 278, 292, 308, 337, 339, 340, 342, 344, 387, 389, 390, 461

Contentieux, 58, 134, 135, 137, 140, 143, 144, 150, 152, 158, 159, 165, 178, 179, 188, 199, 209, 255, 266, 303, 310, 334, 338, 368, 419, 420, 452

Contradictoire, 128, 129, 152, 186, 204, 216, 224, 226, 229, 246, 268, 285, 289, 300, 398, 452, 457

Contrainte par corps, 126

Convention européenne des droits de l'homme, 123, 126, 138, 243, 286, 305, 386, 391, 413, 428, 431

Coopération, 181, 216, 217, 218, 223, 224, 225, 297, 298, 328, 352

Coupable, 59, 60, 103, 114, 120, 209, 304, 310, 313, 332, 374, 398, 399, 406, 451, 457

Cour constitutionnelle, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 165, 168, 170, 171, 175, 179, 181, 185, 188, 197, 229, 292

Cour d'appel, 4, 68, 75, 77, 78, 80, 106, 110, 129, 131, 175, 177, 205, 225, 229, 249, 254, 255, 256, 279, 280, 296, 297, 300, 303, 311, 436

Cour d'assises, 4, 106, 217, 296

Cour de cassation, 118

Cour de cassation, 4, 5, 75, 77, 78, 80, 121, 128, 129, 134, 147, 150, 156, 161, 169, 170, 171, 176, 178, 181, 186, 187, 203, 205, 206, 210, 211, 212, 217, 218, 221, 228, 230, 238, 255, 288, 289, 290, 291, 295, 296, 298, 299, 300, 303, 304, 338, 410, 414, 415, 416, 417, 452

Cour de justice, 5, 6, 147, 170

Cour supérieure, 75, 106

Cour suprême, 53, 106, 128, 135, 137, 150, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 191, 194, 197, 227, 269, 270, 322, 328, 344, 380, 415

Cours d'assises, 109, 110, 156, 167

Coutume, 12, 43, 45, 53, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 73, 104, 174, 175, 179, 180, 197, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 316, 320, 321, 322, 333, 360, 362, 424, 436

Coutumier du Dahomey, 78, 175, 441

D

d'acculturation juridique, 32, 33, 341

Décision, 13, 37, 50, 51, 53, 54, 56, 62, 72, 73, 78, 92, 96, 114, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 128, 132, 136, 139, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 152, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 175, 181, 185, 187, 189, 190, 191, 192, 195, 201, 204, 205, 206, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 223, 226, 227, 229, 244, 245, 247, 250, 255, 256, 257, 258, 259, 266, 267, 269, 270, 271, 279, 280, 281, 282, 284, 286, 287, 289, 291, 296, 298, 300, 301, 302, 303, 308, 310, 311, 312, 314, 322, 325, 326, 333, 338, 339, 344, 347, 348, 362, 364, 383, 385, 390, 405, 452, 454, 456, 457, 458

Décisions, 7, 12, 13, 14, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 78, 79, 82, 90, 119, 120, 128, 129, 136, 140, 142, 143, 148, 150, 159, 162, 163, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 177, 181, 183, 185, 187, 188, 189, 190, 193, 203, 208, 214, 221, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 242, 243, 244, 251, 260, 269, 275, 301, 307, 309, 310, 313, 320, 338, 339, 348, 351, 354, 385, 386, 396, 401

Déclinatoire, 149

Décret, 12, 67, 68, 74, 75, 76, 77, 78, 108, 132, 141, 147, 161, 173, 174, 176, 179, 193, 194, 224, 225, 234, 243, 249, 264, 265, 266, 267, 273, 281, 297, 327, 332, 346

Défendeur, 59, 83, 88, 95, 210, 451, 452, 453, 456

Demande, 56, 69, 109, 119, 120, 121, 132, 157, 159, 172, 192, 193, 194, 202, 204, 206, 207, 208, 212, 214, 221, 224, 226, 228, 238, 241, 243, 288, 289, 296, 297, 309, 345, 383, 398, 451, 453, 456

Démocratie, 155

Différend, **73, 87, 112, 189, 313, 319, 336, 442**

Différends, **107**

Dispositif, 166, 204, 264, 375, 380, 403, 457

Divorce, 12, 13, 37, 62, 122, 123, 221, 226, 230, 251, 324, 338, 352, 453

Doctrines, 31, 53, 66, 78, 79, 82, 87, 89, 90, 98, 136, 167, 208, 209, 211, 213, 215, 256, 373, 418, 419, 442

Domaine juridique, 12

Double degré de juridiction, 227

Droit, 17, 18, 27, 28, 44, 54, 57, 62, 105, 136, 145, 148, 152, 155, 170, 175, 190, 199, 214, 229, 230, 243, 248, 257, 261, 265, 266, 267, 269, 272, 274, 278, 283, 290, 367, 406, 408, 409, 410, 412, 413, 417, 418, 419, 420, 421, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 445, 449, 450, 453

Droit au juge, 54, 168, 199, 200, 201, 206, 241, 244, 295, 413

Droit canon, 38

Droit commun, 13, 38, 63, 67, 68, 81, 100, 107, 109, 117, 118, 135, 140, 170, 245, 251, 267, 273, 294, 304, 336, 342, 391, 443, 455

Droit communautaire, 143, 147

Droit coutumier matrilinéaire, 260

Droit de tutelle, 12

Droit musulman, 12, 13, 31, 35, 36, 37, 58, 60, 61, 63, 81, 82, 83, 87, 91, 92, 93, 95, 96, 103, 182, 192, 255, 259, 263, 266, 267, 268, 269, 270, 273, 274, 276, 278, 280, 281, 316, 363, 365, 379, 436, 443, 445, 446, 447, 448, 459

Droit naturel, 98, 199, 245, 385, 413

Droit romain, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 38, 65, 66, 258, 284

Droits moraux, 107

Dualisme juridictionnel, 107, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 145, 171

Dualisme juridique, 69, 70, 138, 142

Dualité de juridiction, 145

Dualité de juridictions, 139

Dynastie, 90

E

Ecoles juridiques, 90

Egalité, 20, 39, 69, 124, 127, 128, 144, 158, 209, 224, 230, 250, 251, 252, 279, 281, 283, 290, 339, 341, 346, 347, 348, 349, 363

Exécution d'un jugement, 108

F

Filiation, 13, 338, 363, 365

Fils du village, 43, 44, 45

Fonctions judiciaires, 84, 85, 86, 89, 115, 116, 135

Fusuq, 87

G

Garde des sceaux, 152, 225, 248
 Grand mariage, 43, 45, 46, 59, 263, 438, 446, 459
 Grands notables, 45
 Greffier, 74, 107, 108, 111, 112, 173, 289

H

Hakam, 81, 82, 459
 Hanafite, 90
 Hanbalite, 90
 Huis clos, 58, 108

I

Idjmâ, 88, 89
 Immatriculation, 12, 263, 266, 267
 Immoralité, 87
 Immunité, 97, 169, 252
 Impartialité, 21, 91, 96, 114, 115, 116, 117, 119, 121, 122, 127, 160, 188, 201, 202, 243, 246, 285, 286, 287, 288, 290, 293, 307, 310, 351, 375, 400, 403, 404, 455
 Imperium, 202
 Impubère, 85
 Inconstitutionnalité, 156, 160, 162, 164, 166, 167, 168, 169
 Indépendance du juge, 243
 Indigènes, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 264, 321, 324, 327
 Intérêt, 26, 37, 77, 92, 97, 103, 118, 120, 142, 143, 146, 155, 164, 168, 184, 186, 200, 207, 208, 210, 218, 235, 238, 243, 255, 256, 269, 273, 278, 291, 303, 319, 321, 332, 340, 356, 361, 370, 372, 378, 385, 386, 387, 454
 Itsoi-malaho, **259, 260**

J

Journal officiel, **157**
 Juge, 12
 Juge administratif, 138, 144, 145, 146, 420
 Juge constitutionnel, 150, 151
 Juge de l'instruction, 116
 Juge de paix, 44, 281
 Juge judiciaire, 135, 138, 139, 144, 145
 Juge naturel, 199, 201
 Juge unique de l'exécution, 108
 Jurés, 110, 111, 310, 398
 Juridiction administrative, 134, 137, 140, 142, 145, 146, 149
 Juridiction bangwenienne, 43
 Juridiction contentieuse, 152
 Juridiction milanantsiste, 43, 197
 Juridiction traditionnelle, 43, 47, 48
 Juridictions civiles, 106, 107, 123, 134, 226, 453
 Juridictions d'homologation, 76
 Jurisprudence, 6, 35, 53, 54, 66, 74, 78, 79, 116, 119, 128, 140, 143, 148, 159, 160, 161, 163, 165, 169, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 202, 207, 211, 244, 255, 270, 273, 278, 279, 283, 284, 289, 295, 297, 298, 301, 307, 314, 320, 340, 344, 389, 416, 436, 442, 447, 460
 Jus valachicum, 73, 104

Justice, 5, 10, 13, 14, 19, 20, 21, 40, 48, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 81, 87, 92, 97, 98, 99, 101, 103, 105, 106, 110, 111, 113, 114, 115, 119, 120, 121, 124, 129, 136, 138, 140, 141, 143, 145, 146, 148, 151, 153, 155, 161, 162, 163, 169, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 180, 182, 186, 189, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 203, 206, 207, 209, 214, 215, 216, 219, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 254, 260, 264, 265, 267, 270, 271, 278, 283, 285, 286, 287, 290, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 305, 306, 309, 310, 312, 313, 314, 319, 320, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 338, 343, 345, 350, 353, 354, 364, 367, 374, 377, 378, 381, 382, 383, 385, 386, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 410, 411, 412, 413, 416, 417, 432, 440, 441, 442, 446, 448, 449, 453, 454, 455, 456, 462
 Justice administrative, 136, 138, 141, 143, 145, 224, 455
 Justice constitutionnelle, 151, 153, 155, 161, 162, 163, 169, 171, 417
 Justice de paix, 78, 106
 Justice pénale, 106, 113, 114, 124, 286, 335
 Justices de paix, 106, 180
 Justiciable, 54, 99, 108, 115, 121, 125, 141, 156, 167, 200, 230, 231, 242, 244, 251, 253, 296, 301, 308
 Justiciables, 20, 44, 76, 82, 99, 123, 146, 156, 201, 214, 223, 228, 229, 230, 231, 239, 287, 289, 301, 305, 312, 326, 369, 376, 377, 378, 385

K

Kanounes, 49

L

L'aliéné, 85
 L'appareil de justice, 41, 42
 L'idiot, 86
 L'ordre social traditionnel, 48
 L'unicité du juge, 81, 104
 La comparaison, 38, 424
 La coutume, 53, 62, 73, 104, 260, 282, 320, 360
 La défense, 107, 124, 127, 128, 229, 241, 246, 251, 256, 286, 290, 291, 292, 299, 335, 377, 413, 452
 La juridiction administrative, 134
 la juridiction de jugement, 117, 118, 127, 225, 456
 La juridiction judiciaire, 134
 La majorité, 85
 La médiation, 52, 58, 59, 235
 La preuve, 85, 93, 94, 95, 101, 218, 220, 221, 222, 262, 298, 311, 331, 352, 354, 357, 447
 La séparation des pouvoirs, 115, 136, 139, 142, 243, 244, 249, 253
 Le bangwé, 57, 59
 Le mineur, 86
 Le quâdi, 81
 Le rite, 84
 Le sâr, 88
 Le tribunal d'instance, 108
 Le tribunal de cercle, **75**
 Le tribunal de provine,, **75**

Législateur, 38, 39, 48, 49, 65, 70, 72, 139, 140, 145, 146, 186, 190, 191, 192, 201, 209, 211, 212, 220, 265, 267, 268, 279, 283, 284, 301, 302, 303, 316, 317, 333, 334, 336, 340, 342, 356, 357, 360, 361, 362, 363, 380, 393, 399, 400, 401, 403, 404

Les madhab, 90

Lex terrae, 73, 104

Liberté individuelle, 118, 145, 308, 321, 390

Libertés publiques, 20, 150, 151, 157, 158, 241, 339

Litige, 12, 21, 51, 65, 68, 83, 91, 123, 146, 147, 148, 157, 159, 184, 186, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 209, 215, 216, 220, 221, 223, 224, 227, 229, 235, 238, 241, 271, 285, 287, 296, 297, 320, 377, 385, 396, 400, 405, 455, 456

Litispendance, 149

Loi criminelle, 85

Loi talion, 84

M

Mafé, 51, 458

Magistrats professionnels, 110, 294

Magistrature judiciaire, 81, 84, 87

Magnahuli, 61

Mahkama, 93

Maisons de justice, 239

Majorité civile, 12

Malikite, 90

Mariage, 12

Mazâlim, 85, 96, 97, 98, 99, 446, 460

Mbâ, 262

Mbés za haroussi, 46

Mecelle, 36

Medjellé, 36

Mfukara-banda, 46, 47

Mila Na Ntsi, 48, 49, 50, 57, 197

Milanatsiste, 52

Minhadj at twalibin, 48, 61

Ministère public, 108, 111, 115, 121, 127, 128, 130, 141, 156, 299, 307, 311

Mnaikofia, 46

Mtru mzima, 45

Mudjtahid, 89, 93

Muftî, 92, 93

N

Neutralité, 21, 91, 96, 200, 242, 243, 257, 287, 290, 377, 396, 400, 403, 404

O

Ordonnance, 44, 64, 108, 110, 111, 116, 177, 179, 180, 181, 254, 296, 306, 307, 456

Ordre public, 21, 102, 108, 111, 161, 165, 204, 211, 321, 324, 338, 339, 374, 389, 405

Ordres de juridictions, 137, 142, 145, 146, 147, 328

Ordres juridiques, 17, 18, 39, 67, 69, 71, 73, 105, 316, 327, 375, 379

Organisation fédérale, 107

Organisation juridictionnelle, 40, 106, 129, 150, 194, 450

P

Pluralisme, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 37, 39, 40, 70, 104, 105, 199, 255, 256, 272, 274, 279, 283, 315, 316, 318, 320, 321, 326, 329, 331, 332, 333, 335, 337, 340, 341, 358, 359, 388, 393, 394, 395, 396, 397, 402, 404, 405, 406, 422, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433

Pluralité des juridictions, 39, 41, 42, 43, 197

Pourvoi, 71, 77, 78, 80, 121, 131, 172, 192, 204, 212, 228, 238, 291, 414, 456

Premier degré, 68, 75, 76, 77, 106, 107, 120, 282

Première instance, 78, 106, 108, 109, 110, 112, 113, 129, 130, 131, 134, 172, 175, 180, 213, 291, 456

Prescription, 83, 170, 207, 213, 230, 232, 372, 454

Présomption d'innocence, 114, 118, 124, 126, 246, 298, 299, 302, 303, 304, 305

Procédure de l'injonction, 117

Procédure gracieuse, 108

procès, 20, 21, 54, 68, 81, 83, 95, 98, 100, 107, 114, 115, 116, 117, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 138, 140, 153, 154, 155, 156, 184, 197, 202, 203, 207, 209, 210, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 235, 238, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 253, 255, 285, 286, 290, 292, 293, 299, 301, 302, 305, 306, 307, 334, 336, 352, 353, 377, 387, 393, 398, 401, 402, 403, 404, 405, 407, 408, 410, 411, 451, 452, 453, 454, 457

Procès équitable, 54, 114, 115, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 138, 229, 243, 255, 353, 387, 405

Procureur de la République, 56, 107, 108, 228, 238, 307, 398

Propriété, 12, 62, 63, 69, 83, 145, 203, 245, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 266, 267, 272, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 297, 339, 383, 384, 385, 386, 387, 400, 401, 423, 453

Puissance publique, 57, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 231

Q

Qâdî al-askar, 96, 99, 100

Qisâs, 84, 103, 459

Qiyas, 89

R

Récusation, 93, 288, 289, 290, 307, 309

Référendum, 10, 150, 151

Renvoi, 108, 111, 116, 118, 147, 148, 155, 193, 252, 288, 289, 296, 378

Renvoi préjudiciel, 147, 148

Rois du village, 43, 44, 45, 46, 47, 59

Rudimentaire, 152

S

Saisine, 117, 138, 152, 153, 154, 155, 156, 160, 161, 166, 167, 211, 217, 296, 375, 376, 378, 453

Science juridique, 65, 84, 88, 89, 136

Second degré, 75, 106, 119, 120, 129, 131

Sénat, 153, 232

Séparation fonctionnelle, 118

Service public, 21, 65, 138, 142, 144, 148, 207, 223, 224, 232, 234, 293, 294, 295, 298, 299, 305, 310, 313, 404, 456
Shâf'ite, 90
Shahid, 95
Statut de la femme, 12
Statut familial, 107
Statut personnel, 13, 35, 36, 63, 68, 82, 83, 257, 264, 337, 338
Statut social, 50, 86, 322
Substantielle, 128, 212, 213, 369
Successions, 26, 35, 36, 61, 72, 83, 258, 261, 264, 269, 276, 317, 338
Sucessions, 12
Sunna, 88, 460
Sursis, 121, 457
Surta, 100, 101, 102, 103
Système judiciaire, 12
Système juridictionnel, 74, 77, 84, 105, 197, 368
Système juridique, 10, 11, 16, 17, 18, 26, 27, 32, 38, 140, 264, 265, 268, 270, 272, 274, 317, 338, 395, 432

T

Témoin, 84, 93, 94, 95, 119, 217, 259, 262, 263, 273, 279, 352

Tribunal cadial, 91, 92
Tribunal d'instance, 107
Tribunal de second degré, 76, 77
Tribunal des conflits, 139, 148, 149, 418
Tribunal du travail, 111, 112
Tribunaux du travail, 106, 180

U

Unamza Shimila, 52
Usufruit, **258, 281**

V

Voie de réformation, 121, 452, 454, 458
Voies de recours, 114, 212, 229, 301, 312, 346, 376, 377, 454

W

Wafomamdji, 45, 47
Wandrwadzima, 46, 459
Waqf, **268, 273**

Table des matières

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
§1 Présentation des Comores.....	13
§2 : Origines et fondements du pluralisme juridique comorien	15
§3 La notion de pluralisme juridique.....	18
§4 La notion de justice	22
§5 La question de l'acculturation juridique.....	24
a- Dans les pays anglo-saxons.....	25
b- En France	26
c- En Afrique noire	32
d- Dans les pays de tradition musulmane	33
§6 : Les difficultés de la recherche	39
§7 : Problématique du sujet	39
PREMIERE PARTIE : LA PLURALITE DES JURIDICTIONS UNE PLURAITE ASSUMEE ET ORGANISEE	41
TITRE I : LA COMPOSITION DE L'APPAREIL DE JUSTICE	42
Chapitre I : Pluralité des juridictions locales.....	43
Section I : <i>L'originalité de la juridiction du mila na ntsi</i>	43
§1- Sa composition.....	43
A- Une chambre composée de fils du village.....	43
B- Une chambre composée de rois du village	45
§2- Juridiction sans règles juridiques : Justice sans juridiction	47
A- De l'oralité des décisions	47
B- De leur force exécutoire	53
Section II : La particularité de la coutume du anda ou de la coutume bangwenienne	56
§1- Les spécificités de la coutume du Anda et la culture du bangwé	57
A- La question de la culture du bangwé	57
B- L'empiètement du anda dans le champs du droit musulman et étatique et les modes de désignation des gens de ladite juridiction.....	59
§2 : La cohabitation de la coutume du anda avec le système moderne français	63

A- Cohabitation entre coutume et système moderne : fruit d'une forte courtoisie entre tradition et modernité	64
B- Cohabitation entre coutume et modernité : universalité entre la France et l'Afrique occidentale	67
Chapitre II : Pluralité des juridictions religieuses	78
Section 1 : Le tribunal du qâdi et ses caractéristiques	78
§1 : Le principe de l'unicité du juge	78
§2 : Conditions d'aptitude à la magistrature judiciaire	80
A- Les conditions légales de fond	81
1- Le sexe masculin	81
2- La puberté	81
3- L'intelligence	82
4- La liberté	83
5- L'appartenance religieuse	83
6- L'équité, al-adâla	84
7- Les facultés sensorielles, le sens de l'ouïe et de la vue	84
8- La science juridique	84
B- Les conditions de fait	86
Section 2 : Composition du tribunal du Quadi	88
§1 : Le conseil du quadi	88
§2 : Les mufti	88
§3 : Les adul : témoins du quadi	89
Section 3 : Naissance de nouvelles juridictions	92
§1 : la juridiction des mazâlim	92
§2 : La juridiction du Qâdî al-askar	95
§3 : La juridiction de la shurta	96
Chapitre III : Pluralité des juridictions étatiques	101
Section 1 : Le premier degré de juridiction	101
§1 : Les juridictions civiles	101
A- La juridiction de droit commun à compétence générale	102
1- Organisation	102
2- Compétences	103
B- Les autres types de juridictions : Les juridictions de spécialité	104
1- Les cours d'assises	104
2- Les tribunaux de travail	106
3- Les tribunaux de commerce	106
§2 : Les juridictions répressives et leur juge	107
A- La nature du juge pénal : un juge impartial	108
1- L'impartialité fonctionnelle et l'exercice successif de fonctions différentes	109
2- L'impartialité fonctionnelle et l'exercice successif de fonctions du même type	113

B- Le droit à un procès pénal équitable.....	116
1- La protection par le droit à un procès équitable de toute personne contre toute accusation portée contre lui en matière pénale	118
2- Les garanties procurées par le droit à un procès équitable à toute personne faisant l'objet d'une accusation en matière pénale.....	119
Section 2 : Le second degré de juridiction	122
§1 : La Cour d'appel	122
A- Composition	122
B- Organisation	123
§2 : Compétence.....	123
A- Attributions.....	123
B- Fonctionnement.....	124
TITRE II : L'ORGANISATION DES JURIDICTIONS DANS L'OPTIQUE D'UN ORDRE JURIDICTIONNEL.....	125
Chapitre I : La question du dualisme juridictionnel	126
Section 1 : Portée et limites de la dualité des ordres juridictionnels	129
§1 : Portée de la valeur constitutionnelle de la dualité.....	130
§2 : Les atténuations au dualisme des ordres juridictionnels	135
Section 2 : Les palliatifs de la dualité des ordres de juridictions.....	137
§1 : Le mécanisme procédural : le renvoi préjudiciel	138
§2 : Le rôle du tribunal des conflits	138
Chapitre II : La question des juridictions supérieures	140
Section I : La place de la Cour constitutionnelle comorienne	140
§1 : Procédure devant la Cour constitutionnelle	141
A- Les saisines générales de la Cour constitutionnelle	142
1- La saisine par des autorités publiques	142
2- La saisine par les citoyens	144
B- Les saisines particulières de la Cour constitutionnelle.....	145
1- L'autosaisine totale	146
2- L'autosaisine partielle	149
§2 : La décision de la Cour constitutionnelle.....	150
A- Contenu de la décision de la Cour constitutionnelle	150
1- La déclaration de la requête d' inconstitutionnalité	150
2- L'inconstitutionnalité totale et partielle.....	152
B- L'exécution de la décision de la Cour constitutionnelle	153
1- Portée de l'autorité de la chose jugée	153
2- Opposabilité aux autorités publiques.....	156
Section II : La place de la Cour suprême	159
§1 : Le statut de la Cour suprême.....	159
A- L'organisation utopique de la Cour suprême	160

B- Une juridiction placée au sommet de la hierarchie juridictionnelle	170
§2 : Les fonctions de la Cour suprême	173
A- Les juges du jugement	173
B- Les enjeux de la Cour suprême	176
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	183
DEUXIEME PARTIE : LE JUGE COMORIEN FACE AUX IMPERATIFS DE JUSTICE.....	185
TITRE I : LE RESPECT DES FONDEMENTS DE LA JUSTICE	186
Chapitre I : La question de l'accès au juge.....	187
Section 1 : Le rôle du juge.....	188
§1 Surveillant du bon déroulement de l'instance	188
A- Le juge : bouche de la loi et créateur de droit	188
B- Les parties et leur action.....	192
1- L'action et le libre accès à la justice	192
2- L'autorité de la chose jugée	196
§2 La dimension qualitative du procès judiciaire.....	199
A- La recherche de la vérité dans le procès judiciaire	199
B- La garantie d'une bonne administration de la justice	208
Section 2 : <i>L'accès au droit</i>	214
§1 Le coût budgétaire de la justice.....	215
A- Une justice confrontée à un très faible coût budgétaire.....	215
B- Les solutions à la dérive du coût budgétaire de la justice	218
§2 L'octroi d'une aide juridictionnelle	220
A- Les structures officielles de l'aide juridictionnelle et de l'accès au droit :	220
1- Conseil insulaire de l'accès au droit et conseil national de l'aide juridique	221
2- L'apparition des maisons de justice	222
B- La technique de l'assurance de l'aide juridictionnelle	223
1- La question du financement de l'aide juridictionnelle	223
2- L'assurance de protection juridique	223
Chapitre II : L'exigence d'extériorité du juge comorien.....	226
Section 1 : <i>La question du respect du principe d'indépendance du juge</i>	226
§1 Le respect vis-à-vis du pouvoir politique.....	227
A- La défaillance du système judiciaire dans le procès politique.....	227
1- Jugement et violation des règles procédurales	227
2- La Connivence entre magistrat et pouvoir politique	229
B- Indépendance de la justice entre vérité et fiction	231
1- La corrélation entre juge et pouvoir politique	231
2- Indépendance des magistrats : une oeuvre à réaliser	235
§2 Le respect vis-à-vis du pouvoir milanantsiste et religieux	237

Table des matières	429
A- La supériorité de la loi de la femme au regard de la loi divine	239
1- La place de la femmes dans l'utilisation de la terre	240
2- La primauté de la femme dans la transmission de la terre	242
B- L'énigme de la primauté de la loi de la femme vis-à-vis de la loi divine.....	246
1- La place de la femme dans la société et le système juridique	246
2- La loi des femmes et l'organisation matrilineaire de la société Grand-Comorienne 253	
Section 2 : <i>Le principe d'impartialité</i> du juge.....	265
§1 L'impartialité subjective et objective du juge	266
A- Principe d'impartialité et collégialité	268
B- Principe d'impartialité et récusation.....	269
C- Principe d'impartialité et de prise à partie.....	270
§2 La responsabilité générale du service public de la justice	272
A- De la responsabilité de l'Etat comme garant du bon fonctionnement du service public de la justice.....	272
B- De la responsabilité du juge comme agent du service public de la justice et tiers au procès 283	
TITRE II : LE JUGE COMORIEN A LA JONCTION D'UN PLURALISME	
DESORDONNE	292
Chapitre I : Fondements de la pluralité des normes aux Comores	293
Section 1 : Contexte de la pluralité des normes	293
§1 Diversité juridique : diversité judiciaire.....	293
§2 Articulation du droit traditionnel avec les règles de droit écrit.....	300
Section 2 : Pluralité et dialogue des juges	302
§1 : La concurrence des juges et nécessité de structuration de leurs discours	302
§2 : L'illustration de la coexistence des juges de l'hybridation et de la pluralité des droits applicables : l'exemple du Rwanda et du Burundi.....	309
Chapitre II : Le juge comorien face aux normes internationales	318
Section 1 : Le juge comorien face aux textes internationaux	318
§1 Face au pacte international relatif aux droits civils et politiques	318
A- Le mécanisme des réserves : un instrument courant du droit international.....	319
B- La question de l'applicabilité du traité.....	321
§2 Face à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979	322
A- La représentation politique des femmes et des hommes	323
B- Les violences domestiques à l'égard des femmes	327
Section 2 : Le juge comorien face aux textes régionaux.....	332
§1 : Face à la charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant	332
A- Une Convention progressiste : un engagement progressiste	334
1- La difficile mise en lumière des droits de l'enfant aux Comores	334
2- Prétention progressiste et adéquation socioculturelle	345

B- Un engagement incertain : ou progrès incertain	350
1- Un chantier institutionnel en quête de légitimité et d'attractivité	351
2- Un dispositif aux capacités et perspectives limitées	355
§2 : Face à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981	358
A- Le droit à la protection de la propriété	358
1- La protection contre la privation de la propriété	358
2- La protection contre les atteintes à la substance du droit de propriété	361
B- Le droit à la liberté d'expression	362
1- Extension du contenu du droit garanti	363
a- Le droit à la liberté d'opinion	363
b- Le droit à la liberté d'information	364
2- Appréciation restrictive des limitations admises du droit à la liberté d'expression	365
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	367
CONCLUSION GENERALE	370
1) Ce qui est	372
2) Ce qui peut être	374
BIBLIOGRAPHIE	385
I) Ouvrages généraux	385
a) En France	385
b) Aux Comores	396
c) Pour aller plus loin sur les Comores : ed., Coelacanthé.	398
d) En Afrique	399
e) En droit musulman	400
II- Thèses, mémoires, articles	403
LEXIQUE	407
a) En droit français	407
b) En droit traditionnel comorien	413
c) En droit musulman	415
NORMES INTERNES	417
INDEX	419
TABLE DES MATIERES	425